Marcelo Benacchio
(coordenador)

Diogo Basilio Vailatti
Eliete Doretto Dominiquini
(Organizadores)

A sustentabilidade da relação

entre empresas transnacionais e Direitos Humanos

Editora CRV
CNPq
Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
UNINOVE
Universidade Nove de Julho

Marcelo Benacchio
(coordenador)

Diogo Basilio Vailatti
Eliete Doretto Dominiquini
(Organizadores)

A sustentabilidade da relação

entre empresas transnacionais e Direitos Humanos

Editora CRV
CNPq
Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
UNINOVE
Universidade Nove de Julho

Marcelo Benacchio
(Coordenador)

Diogo Basilio Vailatti
Eliete Doretto Dominiquini
(Organizadores)

A SUSTENTABILIDADE DA RELAÇÃO ENTRE EMPRESAS TRANSNACIONAIS E DIREITOS HUMANOS

EDITORA CRV
Curitiba - Brasil
2016

Copyright © da Editora CRV Ltda.
Editor-chefe: Railson Moura
Diagramação e Capa: Editora CRV
Revisão: Os Autores
Conselho Editorial:

Profª. Drª. Andréia da Silva Quintanilha Sousa (UNIR)
Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior (UFRRJ)
Prof. Dr. Carlos Alberto Vilar Estêvâo
- (Universidade do Minho, UMINHO, Portugal)
Prof. Dr. Carlos Federico Dominguez Avila (UNIEURO – DF)
Profª. Drª. Carmen Tereza Velanga (UNIR)
Prof. Dr. Celso Conti (UFSCar)
Prof. Dr. Cesar Gerónimo Tello
- (Universidad Nacional de Três de Febrero – Argentina)
Profª. Drª. Elione Maria Nogueira Diogenes (UFAL)
Prof. Dr. Élsio José Corá (Universidade Federal da Fronteira Sul, UFFS)
Profª. Drª. Gloria Fariñas León (Universidade de La Havana – Cuba)
Prof. Dr. Francisco Carlos Duarte (PUC-PR)
Prof. Dr. Guillermo Arias Beatón (Universidade de La Havana – Cuba)
Prof. Dr. João Adalberto Campato Junior (FAP – SP)
Prof. Dr. Jailson Alves dos Santos (UFRJ)
Prof. Dr. Leonel Severo Rocha (UNISINOS)
Profª. Drª. Lourdes Helena da Silva (UFV)
Profª. Drª. Josania Portela (UFPI)
Profª. Drª. Maria de Lourdes Pinto de Almeida (UNICAMP)
Profª. Drª. Maria Lília Imbiriba Sousa Colares (UFOPA)
Prof. Dr. Paulo Romualdo Hernandes (UNIFAL – MG)
Prof. Dr. Rodrigo Pratte-Santos (UFES)
Profª. Drª. Maria Cristina dos Santos Bezerra (UFSCar)
Prof. Dr. Sérgio Nunes de Jesus (IFRO)
Profª. Drª. Solange Helena Ximenes-Rocha (UFOPA)
Profª. Drª. Sydione Santos (UEPG PR)
Prof. Dr. Tadeu Oliver Gonçalves (UFPA)
Profª. Drª. Tania Suely Azevedo Brasileiro (UFOPA)

Este livro foi aprovado pelo Conselho Editorial.

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
CATALOGAÇÃO NA FONTE

S964

A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos/Marcelo Benacchio (coordenador), Diogo Basílio Vailatti e Eliete Doretto Dominiquini (organizadores) – Curitiba: CRV, 2016.
404 p.

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-444-1307-4

1. Direito 2. Condição pós-moderna 3. Globalização 4. Empresas transnacionais I. Benacchio, Marcelo. coord. II. Vailatti, Diogo Basílio, org. III. Dominiquini, Eliete Doretto. Org.

Índice para catálogo sistemático
1. Empresas multinacionais 334

2016
Foi feito o depósito legal conf. Lei 10.994 de 14/12/2004
Proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem autorização da Editora CRV
Todos os direitos desta edição reservados pela:
Editora CRV
Tel.: (41) 3039-6418
www.editoracrv.com.br
E-mail: sac@editoracrv.com.br

APRESENTAÇÃO

Por proêmio, desejamos consignar nossos agradecimentos ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq pelo fomento concedido, o qual possibilitou a publicação desta obra, cujo projeto foi aprovado na Chamada CNPq/MCTI N" 2512015 Ciências Humanas, Sociais e Sociais Aplicadas.

Da mesma forma, apresentamos nossos agradecimentos a Universidade Nove de Julho – UNINOVE pelo apoio institucional e material sem o qual, igualmente, não lograríamos êxito na concretização deste projeto acadêmico.

A temática da pesquisa envolveu a compatibilização e o equilíbrio entre a atividade das empresas transnacionais e os direitos humanos, no plano interno e externo, guiado pela promoção da dignidade humana.

Se de um lado a atividade empresarial é fundamental para o desenvolvimento das nações, de outro, cabe a promoção dos direitos humanos; assim, a perspectiva deste livro é a aproximação da atuação das empresas no mercado globalizado e a promoção dos direitos humanos.

Os estudos ora publicados foram selecionados a partir de edital e convite aos programas de mestrado e doutorado em direito de todo Brasil.

Após a apresentação dos esboços dos estudos, houve a realização do I Simpósio sobre Direitos Humanos, Empresas Transnacionais e Sustentabilidade realizado em 25 de junho de 2016, nas dependências da Universidade Nove de Julho, em São Paulo.

Após intenso processo de discussões no Simpósio, os estudos foram aperfeiçoados e resultaram na presente obra. O livro coletivo possui trabalhos de renomados professores e pesquisadores de diversas instituições de ensino do país. Espera-se que tal obra de livre acesso possa contribuir para as pesquisas sobre o papel das Empresas Transnacionais no aspecto jurídico.

Para tanto, iniciamos a apresentação das dezenove pesquisas que compõem a presente obra:

No primeiro estudo intitulado "EMPRESAS TRANSNACIONAIS, GLOBALIZAÇÃO E DIREITOS HUMANOS", Marcelo Benacchio e Diogo Basilio Vailatti, procuram traçar diretrizes sobre a atuação das Empresas Transnacionais nos países em desenvolvimento.

Já no estudo trabalho, "PROMOÇÃO E TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE PELAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS", Daniela Menengoti Ribeiro e Jose Sebastiao de Oliveira mostram como a atuação das Empresas Transnacionais vem afetando os direitos da personalidade.

O estudo "A FUNÇÃO SOCIAL DAS SOCIEDADES TRANSNACIONAIS" feito Henrique Viana Pereira e Rodrigo Almeida Magalhães busca traçar diretrizes sobre o papel social das Empresas Transnacionais.

Ana Carolina Souza Fernandes e Vladmir Oliveira da Silveira realizaram estudo nomeado "COMPLEMENTARIEDADE DE JURISDIÇÃO E PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DA CIDADANIA: O CASO PFIZER VS. ABDULLAHI", o qual busca tratar sobre o papel das jurisdições na globalização das Empresas Transnacionais.

O estudo "AS TEORIAS COMPARADAS DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA", escrito por Leonardo Raphael Carvalho de Matos e Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi, busca verificar as diferentes teorias sobre a função empresarial.

No estudo "O ESTADO DE DIREITO INTERNACIONAL NA CONDIÇÃO PÓS-MODERNA: A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS DE RUGGIE SOB A PERSPECTIVA DE UMA RADICALIZAÇÃO INSTITUCIONAL", Ana Cláudia Ruy Cardial e Arthur Roberto Capella Giannattasio procuram refletir sobre o papel dos Princípios de Ruggie na atuação das Empresas Transnacionais.

Já Ana Rachel Freitas da Silva e Danielle Anne Pamplona, em trabalho nomeado "OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS: HOUVE AVANÇOS?", analisam se os Princípios de Ruggie seriam um avanço ou retrocesso.

Frederico da Costa Carvalho Neto e Rosana Pereira Passarelli, no artigo "EMPRESAS TRANSNACIONAIS, ORDEM ECONÔMICA E DIREITOS HUMANOS", refletem sobre as Empresas Transnacionais e seu papel dentro da ordem econômica.

E no estudo "RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS", Glaucia Cardoso Teixeira Torres e Tânia Lobo Muniz analisam como deve ser o agir responsável das Empresas Transnacionais dentro do globo.

No estudo nomeado "SUSTENTABILIDADE E EMPRESAS TRANSNACIONAIS: ANÁLISE DO CASO EQUADOR E EMPRESA PETROLÍFERA TRANSNACIONAL TEXACO INC.", Eliete Doretto Dominiquini e Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches procuram verificar a atuação da Empresa Transnacional Texaco INC no Equador estaria de acordo com a sustentabilidade empresarial.

“O SER SOCIAL NA ECONOMIA CRIATIVA: UMA ABORDAGEM MULTIDIMENSIONAL” é estudo elaborado por Orides Mezzaroba e Nathalie de Paula Carvalho, no qual se busca refletir sobre o papel do indivíduo dentro da Economia.

“O DIREITO HUMANO DO ACESSO À ÁGUA EM RISCO: UM EXEMPLO ACERCA DA APROPRIAÇÃO DO RECURSO POR EMPRESA TRANSNACIONAL NO BRASIL” é estudo elaborado por Giovani Clark e Débora Nogueira Esteves, no qual se busca refletir sobre a atuação das Empresas Transnacionais no Brasil em relação ao tema água.

Ivo Waisberg e Hebert Morgenstern Kugler trazem o estudo a “Análise Econômica do Direito e Empresas Transnacionais: Considerações acerca da Insolvência Transnacional”, buscando traçar diretrizes para resolver os problemas de falência Empresarial Transnacional, os quais afetam todos os países.

Letícia Virginia Leidens contribui para a obra com o estudo “O CASO MAYAGNA AWAS TINGNI X NICARÁGUA: NOTAS DE DECISUM DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS”, procurando verificar o papel de atuação da Corte Interamericana como forma de reparar problemas de atuação de uma Empresa Transnacional dentro da Nicarágua.

Márcio Túlio Viana e Maíra Neiva Gomes contribuem com o estudo “EMPRESAS TRANSNACIONAIS E O NOVO INTERNACIONALISMO OPERÁRIO: breve estudo sobre acordos macro internacionais”, o qual busca refletir sobre o papel dos trabalhadores como forma de regular a atuação das Empresas Transnacionais.

No estudo “O CAPITALISMO HUMANISTA APLICADO NAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS”, Ricardo Hasson Sayeg e Antonio Carlos Matteis de Arruda Junior refletem sobre a aplicação da teoria econômica e jurídica do capitalismo humanista nas empresas transnacionais.

Já no estudo a “SUSTENTABILIDADE, DIREITOS HUMANOS E CONFLITOS NAS RELAÇÕES TRANSNACIONAIS NOS PAÍSES SUBDESENVOLVIDOS”, Maria Cláudia S. Antunes de Souza e Micheline Ramos de Oliveira buscam verificar como o conceito de sustentabilidade deve intervir na atuação das Empresas Transnacionais.

O estudo “DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICÁVEIS NAS RELAÇÕES ENTRE EMPRESAS TRANSNACIONAIS E PARTICULARES”, elaborado por Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e Maiara Sanches Machado Rocha, tem por objetivo demonstrar que os direitos fundamentais também são aplicáveis às Empresas Transnacionais.

E o estudo “EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS NA INSTÂNCIA INTERAMERICANA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS”, elaborado por Mariana Lucena Sousa Santos e Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro procura verificar como a Corte Interamericana tem atuado nas questões envolvendo as Empresas Transnacionais.

Por fim, registramos nossos respeitosos agradecimentos aos doutos pesquisadores, ora coautores, os quais, com ímpar disciplina acadêmica, possibilitaram a realização deste livro.

Boa leitura.

São Paulo, primavera de 2016.

MARCELO BENACCHIO
Doutor, mestre e Professor Permanente do Mestrado em Direito da Uninove
DIOGO BASILIO VAILATTI
Mestre e Professor da Graduação em Direito da Uninove
ELIETE DORETTO DOMINIQUINI
Mestre e Professora da Graduação em Direito da Uninove

SUMÁRIO

EMPRESAS TRANSNACIONAIS, GLOBALIZAÇÃO
E DIREITOS HUMANOS 13
Marcelo Benacchio
Diogo Basilio Vailatti

PROMOÇÃO E TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE
PELAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS 29
Daniela Menengoti Ribeiro
Jose Sebastiao de Oliveira

A FUNÇÃO SOCIAL DAS SOCIEDADES TRANSNACIONAIS 53
Henrique Viana Pereira
Rodrigo Almeida Magalhães

COMPLEMENTARIEDADE DE JURISDIÇÃO E PROTEÇÃO
AOS DIREITOS HUMANOS SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA
TRIDIMENSIONAL DA CIDADANIA: o caso Pfizer *vs*. Abdullahi 73
Ana Carolina Souza Fernandes
Vladmir Oliveira da Silveira

AS TEORIAS COMPARADAS DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA 95
Leonardo Raphael Carvalho de Matos
Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi

O ESTADO DE DIREITO INTERNACIONAL NA CONDIÇÃO
PÓS-MODERNA: a força normativa dos princípios de Ruggie
sob a perspectiva de uma Radicalização Institucional 127
Ana Cláudia Ruy Cardial
Arthur Roberto Capella Giannattasio

OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DAS NAÇÕES UNIDAS
SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS: houve avanços? 147
Ana Rachel Freitas da Silva
Danielle Anne Pamplona

EMPRESAS TRANSNACIONAIS, ORDEM ECONÔMICA
E DIREITOS HUMANOS 169
Frederico da Costa Carvalho Neto
Rosana Pereira Passarelli

RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS 187
Glaucia Cardoso Teixeira Torres
Tânia Lobo Muniz

SUSTENTABILIDADE E EMPRESAS TRANSNACIONAIS:
análise do caso Equador e empresa petrolífera transnacional Texaco inc..... 207
Eliete Doretto Dominiquini
Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches

O SER SOCIAL NA ECONOMIA CRIATIVA:
uma abordagem multidimensional.....231
Orides Mezzaroba
Nathalie de Paula Carvalho

O DIREITO HUMANO DO ACESSO À ÁGUA EM RISCO:
um exemplo acerca da apropriação do recurso por empresa
transnacional no Brasil 243
Giovani Clark
Débora Nogueira Esteves

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E EMPRESAS
TRANSNACIONAIS: considerações acerca da Insolvência
Transnacional. 267
Ivo Waisberg
Herbert Morgenstern Kugler

O CASO MAYAGNA AWAS TINGNI X NICARÁGUA:
notas do *decisum* da Corte Interamericana de Direitos Humanos 285
Letícia Virginia Leidens

EMPRESAS TRANSNACIONAIS E O
NOVO INTERNACIONALISMO OPERÁRIO:
breve estudo sobre acordos macrointernacionais 303
Márcio Túlio Viana
Maíra Neiva Gomes

"O CAPITALISMO HUMANISTA APLICADO NAS
EMPRESAS TRANSNACIONAIS" 329
Ricardo Hasson Sayeg
Antonio Carlos Matteis de Arruda Junior

SUSTENTABILIDADE, DIREITOS HUMANOS E CONFLITOS NAS
RELAÇÕES TRANSNACIONAIS NOS PAÍSES SUBDESENVOLVIDOS....341
Maria Cláudia S. Antunes de Souza
Micheline Ramos de Oliveira

DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICÁVEIS NAS RELAÇÕES
ENTRE EMPRESAS TRANSNACIONAIS E PARTICULARES.....357
Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira
Maiara Sanches Machado Rocha

EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS NA INSTÂNCIA
INTERAMERICANA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS 383
Mariana Lucena Sousa Santos
Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro

EMPRESAS TRANSNACIONAIS, GLOBALIZAÇÃO E DIREITOS HUMANOS

TRANSNACIONAL CORPORATIONS, GLOBALIZATION AND HUMAN RIGHTS

Marcelo Benacchio[1]
Diogo Basilio Vailatti[2]

SUMÁRIO: *Introdução; 1. A empresa como instituição vitoriosa do final do século XX e início do século XXI: apontamentos iniciais; 2. A regulação das empresas transnacionais: necessidade de um agir global; Conclusão e Referências bibliográficas.*

RESUMO
A globalização atual em muito difere dos outros ciclos de globalização anteriormente existentes. E um dos pontos centrais desta mudança é o esfacelamento do antigo Estado-nação, o qual perdeu espaço e poder para as empresas transnacionais. Em função desta perda de espaço, os países em desenvolvimento cedem sua tributação e flexibilizam direitos trabalhistas para tais empresas em busca de atraí-las para seus territórios, o que apenas dificulta que sejam os Direitos Humanos neles efetivados. Assim, o presente trabalho pretende verificar, por meio do método hipotético-dedutivo e de uma análise bibliográfica, qual seria o instrumento capaz de equacionar o interesse empresarial voltado para o lucro com o desenvolvimento humano, o qual está garantido nos mecanismos de proteção interno e externos.

PALAVRAS-CHAVE: Empresas transnacionais; Direitos Humanos; Globalização; Regulação.

1 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica. Professor permanente do mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho. Juiz de Direito.
2 Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho. Professor da Universidade Nove de Julho, Complexo Damásio de Jesus e Central de Concursos. Advogado.

ABSTRACT
The current globalization in very different from other previously existing globalization cycles. And one of the central points of this change is the disintegration of the old nation-state, which lost ground and power to transnational corporations. Due to this loss of space, developing countries cede its taxation and flexibilize labor rights for such companies seeking to attract them to their territory, which only makes it difficult for human rights in them are hired. Thus, this study aims to verify, through the hypothetical-deductive method and a literature review, which would be an instrument capable of addressing the business interest returned to profit with human development, which is guaranteed in the internal protection mechanisms and external.

KEYWORDS: Transnacional corporations; Human Rights; Globalization; Regulation.

Introdução

O presente trabalho objetiva iniciar algumas discussões sobre os pontos negativos da globalização para os Direitos Humanos, partindo-se da análise da atuação das empresas transnacionais dentro deste contexto. Vale ressaltar que se trata de um trabalho que iniciou suas primeiras discussões dentro do V Seminário de pesquisa em Direito da Universidade Nove de Julho e que encontra evolução de pesquisa no presente momento.

A problemática da pesquisa centra-se em verificar qual seria o instrumento para equacionar o interesse empresarial voltado ao lucro com o desenvolvimento humano, consolidado nos sistemas de proteção interno e externo, dentro do contexto globalizado no qual as empresas transnacionais ganham espaço e poder.

O objetivo geral do trabalho é o de analisar quais são as relações entre globalização, empresas transnacionais e o fato de que os Direitos Humanos, muito embora consolidados teoricamente, ainda não foram efetivados completamente, em especial nos países em desenvolvimento, os quais sofrem com os efeitos negativos do exacerbado poderio econômico, financeiro, técnico e informacional das empresas transnacionais.

Já os objetivos específicos são os de indicar, de forma preliminar, os efeitos perniciosos aos Direitos Humanos resultantes da inserção das empresas transnacionais no sistema globalizado, bem como iniciar uma discussão para um novo modelo econômico e social que possibilite efetivar a dignidade da pessoa humana como verdadeiro objetivo do setor empresarial.

Trata-se de pesquisa de caráter revisional, a qual utilizará do método hipotético-dedutivo e de uma análise bibliográfica para alcançar diretrizes iniciais ao problema levantado.

1. A empresa como instituição vitoriosa do final do século XX e início do XXI: apontamentos iniciais

Ao invés de apontar toda a evolução do conceito de empresa e seu desenvolvimento no decorrer da histórica, o presente estudo utilizará de um recorte metodológico para ingressar diretamente no cerne da discussão aqui traçada. Para tanto, iniciar-se-á o presente tópico tratando sobre a ruptura de modelo econômico e social que ganhou espaço no final dos anos 70 e início dos anos 80 do século passado, o qual vem empoderando cada vez mais as empresas transnacionais.

E o fenômeno em questão é a globalização. Contudo, importante ressaltar que este fenômeno pode ser analisado sob diversos ângulos, em especial no campo de relação: econômico, social, político, cultural e financeiro. Neste sentido, procurando sintetizar tal ponto de vista, Luís Campos e Sara Canavezes (2007, p. 10) explanam sobre o que há de comum na literatura especializada em relação à globalização:

> a) trata-se de um processo à escala mundial, ou seja, transversal ao conjunto dos Estados-Nação que compõem o mundo;
> b) uma dimensão essencial da globalização é a crescente interligação e interdependência entre Estados, organizações e indivíduos do mundo inteiro, não só na esfera das relações económicas, mas também ao nível da interacção social e política. Ou seja, acontecimentos, decisões e actividades em determinada região do mundo têm significado e consequências em regiões muito distintas do globo.
> c) uma característica da Globalização é a desterritorialização, ou seja, as relações entre os homens e entre instituições, sejam elas de natureza económica, política ou cultural, tendem a desvincular-se das contingências do espaço;
> d) os desenvolvimentos tecnológicos que facilitam a comunicação entre pessoas e entre instituições e que facilitam a circulação de pessoas, bens e serviços, constituem um importante centro nevrálgico da Globalização.

Valendo-se de tais conceitos, pode-se perceber que tais concepções não são uma completa novidade instalada com o advento da década de 70 do século passado. Contudo, muito embora a história da humanidade seja

marcada por diversos ciclos de globalização, alguns mais profundos e comparativamente a outros, Saskia Sassen (2010, p. 16) aponta que o atual difere dos demais em função das seguintes características: desestabilização da hierarquia tradicional do Estado-Nação, articulação tecnológica digital que interligam cidades globais e entidades subnacionais e empresas transnacionais que escapam do poder estatal para ditar o sistema econômico-financeiro.

De todas as características citadas, em especial, para o presente trabalho, interessam duas características, a saber: o esfacelamento do Estado-nação e as empresas transnacionais e seu novo poderio. Nesta linha, José Renato Nalini (2011, p. 297) é enfático ao apontar que por ter "[...] *sobrevivido às intempéries, a instituição que pode ser considerada vencedora no século XX é a empresa. Enquanto o Estado se encontra às voltas com a perda da soberania, conceito cada vez mais relativizado, a empresa integra um sistema competente*".

O empoderamento do setor empresarial transnacional nas últimas décadas permitiu com que um novo modelo econômico e de divisão social do trabalho ganha-se corpo. Eder Dion de Paula Costa e Paulo Ricardo Opuszka (2013, p. 223) explicitam tal ideia no seguinte parágrafo:

> Quando se analisa a globalização econômica, percebe-se que ela produziu uma nova divisão internacional do trabalho, caracterizada pelo processo de produção sendo realizado em vários países. Este novo processo, que engendra o desemprego, a diminuição progressiva de salários e das condições de trabalho e a perda das garantias sociais, segundo a leitura de Milton Santos, gerou um tipo de peculiar pobreza, por ele denominada "pobreza estrutural" orquestrada pelas empresas transnacionais e instituições internacionais, globalizando-se por todo mundo e propagando a exclusão social.

Contudo, essa tomada de poder não ocorreu apenas no campo econômico, mas também nas demais esferas da globalização, quais sejam: sociais, políticas, culturais e financeiras. O poderio exacerbado (em todas as esferas) concentrado nas empresas transnacionais é apontado por Ulrich Beck (1999, p. 14) nos seguintes termos:

> O aparecimento da globalização permite aos empresários e suas associações a reconquista e o pleno domínio do poder de negociação que havia sido politicamente domesticado pelo Estado do bem-estar social capitalista organizado em bases democráticas. A globalização viabilizou algo que talvez já fosse latente no capitalismo, mas ainda permanecia oculto no seu estágio de submissão ao Estado democrático do

> bem-estar, a saber: que pertence as empresas, especialmente aquelas que atuam globalmente, não apenas um papel central na configuração da economia, mas a própria sociedade como um todo - mesmo que seja "apenas" pelo fato de que ela pode privar a sociedade de fontes materiais (capital, impostos, trabalho).

No contexto em questão, o sistema capitalista alcança um novo patamar, o qual é denominado por Robert Bernard Reich de Supercapitalismo. Explica o autor sobre o processo em questão:

> A partir da década de 1970 as grandes empresas se tornaram muito mais competitivas, globais e inovadoras. Nasceu algo que eu denomino de Supercapitalismo. Nesse processo de transformação, como consumidores e como investidores, efetuamos grandes conquistas; no entanto, como cidadãos, em busca do bem comum, perdemos terreno. As mudanças começaram quando as tecnologias desenvolvidas pelo governo para os embates da Guerra fria se incorporaram em novos produtos e serviços. Daí surgiram oportunidades para novos concorrentes nos transportes, nas comunicações, na manufatura e nas finanças. Tudo isso provocou rupturas no sistema de produção estável e, a partir de fins da década de 1970, em ritmo cada vez mais acelerado, forçou todas as empresas a competir mais intensamente por clientes e por investidores. O poder dos consumidores se congregou e se ampliou sob a forma de grandes varejistas de massa. O poder dos investidores também se congregou e se ampliou mediante enormes fundos de pensão e fundos de investimentos, que pressionavam as empresas a gerar retornos cada vez mais elevados. [...] As grandes empresas que dominavam setores inteiros recuaram e os sindicatos trabalhistas encolheram. (REICH, 2008, p. 5).

Assim, notou-se nas últimas décadas o verdadeiro esfacelamento do Estado-nação, o qual inserido dentro do contexto da globalização e do Supercapitalismo cedeu espaço para as empresas transnacionais e, por conseguinte, aos mecanismos de mercado. É justamente neste contexto que a sociedade moderna impregna os valores do mercado no seu sistema cultural, social e político.

Decorrente de todo o contexto aqui traçado é que as empresas são apontadas como as instituições vitoriosas do final da dicotomia real entre capitalismo-socialismo que ocorreu no final do século XX. E isso ocorre em função de tais empresas possuírem poderio econômico, financeiro, técnico e informacional em muito superior ao do Estado-nação, o que permite que migrem partes de seu setor produtivo para países em desenvolvimento em

busca de menores tributações, salários e, consequentemente, não propiciem condições para efetivar os Direitos Humanos em tais localidades. Tudo em busca do aumento do lucro de forma indiscriminada, independentemente da existência de um sistema global de proteção dos Direitos Humanos.

Muito embora existam defensores de que seria benéfico para os países em desenvolvimento tal processo, aqui não se compactua de tal entendimento. Como apontado por Amartya Sen (2012) a simples vinda das empresas transnacionais, gerando empregos de baixa remuneração e pouca qualidade, os quais não existiam anteriormente na região, não é motivo suficiente para justificar e considerar tal fenômeno benéfico, uma vez que o desenvolvimento apenas pode ser alcançado quando há condições que permitam a libertação do ser humano, de forma que possa realizar suas escolhas de forma espontânea.

Importante destacar que o presente trabalho ao realizar tais afirmações em momento algum pretende negar o sistema capitalista, tampouco defende o socialismo, mas, na verdade, busca traçar diretrizes para um novo modelo econômico e social que busque conciliar os interesses empresariais com os Direitos Humanos em sua totalidade, ainda mais quando se avalia todo o sistema aqui delineado o qual clama pela necessidade de uma intervenção e alteração em seu panorama atual.

Sob outro ângulo, pode-se ainda rebater o argumento de que o fenômeno delineado de exploração realizado pelas empresas transnacionais é benéfico em função da análise da concentração de renda nas últimas décadas.

Caso fosse realmente salutar tal expansão do poder empresarial ao gerar novas oportunidades em áreas afastadas, acredita-se que o fenômeno de concentração de renda diminuiria, uma vez que regiões em desenvolvimento teriam acesso a melhores empregos e seriam capazes de alterar o panorama de pobreza vivenciado. Contudo, esta não parece ser a realidade. Como apontam diversos relatórios, nos últimos anos os índices de concentração de riqueza em apenas 1% da população somente aumentaram. [3]

Desta forma, após delinear os problemas existentes na atuação das empresas transnacionais dentro da globalização, a presente pesquisa procurará centrar suas atenções para o sistema regulatório das empresas transnacionais já existente e suas perspectivas no próximo item.

3 Para maiores informações, acessar o seguinte sítio eletrônico: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150119_riquezas_mundo_lk>.

2. A regulação das empresas transnacionais: necessidade de um agir global

Visualizado o problema em questão, é de todo relevante iniciar um processo de discussão que concretize os interesses sociais por meio dos interesses econômicos, possibilitando-se assim proporcionar melhores condições de vida para todos. Do exposto no item anterior desta pesquisa, percebe-se que há clara ligação entre o afastamento da efetivação dos Direitos Humanos e o poderio exacerbado das empresas transnacionais dentro dos países em desenvolvimento.

Do ponto de vista normativo, como também ocorre em outros países[4], o sistema constitucional brasileiro aproxima o setor empresarial da valorização do ser humano e da concretização de sua dignidade no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, que segue:

> Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> I – soberania nacional;
> II – propriedade privada;
> III – função social da propriedade;
> IV – livre concorrência;
> V – defesa do consumidor;
> VI – defesa do meio ambiente;
> VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
> VIII – busca do pleno emprego;
> IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas, sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (BRASIL, 1988)

Assim, pelo sistema constitucional brasileiro a ordem econômica abarca uma pluralidade de interesses que parecem ser antagônicos, mas que comportam um único fim, qual seja: proporcionar a todos uma vida digna.

No plano internacional global, pode-se verificar que existem diversos Tratados Internacionais e Declarações que tratam sobre proteção dos direitos humanos, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Declaração do Direito ao Desenvolvimento, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e

4 Ver, por exemplo, as Cartas Constitucionais dos seguintes países: Argentina, Equador, Portugal, Espanha e Itália.

Culturais e outros tantos. Ademais, recentemente, inclusive, iniciou-se forte debate em torno da elaboração de um Tratado Internacional dos Povos para o Controle das Empresas Transnacionais. [5][6]

Todos os Tratados e Declarações em questão procuram limitar o poder. Em um primeiro momento, o poder do Estado (antigamente, o principal detentor do poder). E, agora, o poder empresarial, ainda mais quando se fala na eficácia horizontal dos direitos fundamentais. [7]

Desta forma, tanto no plano internacional quanto nacional de proteção dos Direitos Humanos, há um único objetivo traçado para a economia: ser um meio, e não um fim, que permita para todos melhores condições de vida.

Portanto, levando-se em conta os diversos sistemas normativos de proteção aqui apontados, nacionais e inclusive internacionais, percebe-se que não é pela falta de propostas ou até de regulamentações que o problema delineado no item anterior da exposição persiste, ou seja, os sistemas jurídicos e econômicos encontram-se dissociados apesar da farta regulamentação jurídica da economia existente nos textos das Constituições e nos Tratados e Declarações Internacionais.

O afastamento em questão vivenciado no mundo fenomênico pode ser compreendido pelas diferenças entre ambos os campos do conhecimento. Bruno Meyerhof Salama (2008, p. 49) explicita alguns dos antagonismos existentes entre ambas as matérias nos seguintes termos:

> Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Econômica é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo.

---

5 Para maiores informações, acessar o seguinte sítio eletrônico: <http://www.rebrip.org.br/system/uploads/ck/files/PeoplesTreaty-PT.pdf>

6 Importante destacar, ainda, que em 2011a ONU traçou alguns princípios orientadores da atuação empresarial, os quais estavam calcados em três pilares: proteger, respeitar e reparar. Contudo, em relação aos relatórios que deveriam ser elaborados para verificar como se deu o cumprimento de tais princípios, constatou-se que a ONU não conseguiu cumprir os objetivos traçados de investigação, tampouco ficou constatada qualquer mudança significativa na atuação empresarial com seu advento. (SANOMIYA, MORAES, 2015)

7 Para aprofundar-se no tema, ver: VAILATTI, Diogo Basilio; BENACCHIO, Marcelo. A eficácia dos direitos fundamentais e a proteção do consumidor insculpida na ordem econômica: uma análise entre o absolutismo e o relativismo da tutela constitucional, p. 343-370. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; BELLINETTI, Luiz Fernando; COUTINHO, Sérgio Mendes Botrel (coordenadores). **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais.** Florianópolis: Funjab, 2015.

Ademais, outro ponto que deve ser destacado é o de que, com base no necessário diálogo que há de existir entre ambos os campos, muitos juristas, a exemplo de Richard Posner (2003, p. 23 e seguintes), procuraram aproximar Direito e Economia com base em uma leitura de que o Direito deveria ser aplicado com base nos aspectos econômicos, e não o contrário. Tal conceito, ao ser aplicado em um sistema global transnacional, de forma isolada, permite com que as empresas transnacionais concentrem ainda mais poder e riqueza.

E é justamente dentro desta concepção que Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 74-75) afirma em relação da necessidade de uma nova forma de aproximação entre Direito e Economia, a qual procura concretizar o que já está previsto no sistema de proteção interno e global dos Direitos Humanos com a linguagem econômica, nos seguintes termos:

> […] o direito, que reduziu a complexidade da vida jurídica à secura da dogmática, redescobre o mundo filosófico e sociológico em busca da prudência perdida; a economia, que legitimara o reducionismo quantitativo e tecnocrático com o pretendido êxito das previsões económicas, é forçada a reconhecer, perante a pobreza dos resultados, que a qualidade humana e sociológica dos agentes e processos económicos entra pela janela depois de ter sido expulsa pela porta.

Neste sentido, procurando efetivar o sistema apontado por Boaventura de Sousa Santos, no qual há uma análise jurídica da economia, e não uma análise econômica do Direito, é que o presente trabalho analisa as empresas transnacionais, sua concentração de poder e todo o fenômeno de flexibilização e desrespeito aos Direitos Humanos que vem ocorrendo em busca do lucro desenfreado na atuação de tais empresas.

Da mesma forma, procurando compreender as empresas transnacionais como núcleo de concentração de poder (inclusive superior ao poder do esfacelado Estado-nação) é que o presente trabalho parte da concepção da necessidade da regulação da atuação das empresas transnacionais, conforme inclusive debatido no projeto de Tratado Internacional dos Povos para o Controle das Empresas Transnacionais aqui já apontado.

Se for certo que mitigar os Direitos Humanos não é adequado para alcançar melhores condições para os países em desenvolvimento, como aqui já defendido, outra dificuldade surge quando se fala em regulação do setor empresarial transnacional: como impedir que os países em desenvolvimento concordem com a mitigação dos Direitos Humanos em busca de atrair tais empresas?

Em uma análise inicial, o presente trabalho aponta que, apenas e tão somente, com o agir global oriundo da mão visível do Direito poderia o problema aqui apontado ser solucionado, bem como ser concretizado o modelo teórico apontado por Boaventura de Sousa Santos. Além disso, acredita-se que é necessário o aumento do número e de jurisdição dos Tribunais Internacionais para que exista uma verdadeira fiscalização e resolução dos problemas em questão.

Caso contrário, estar-se-á abrindo margem para que o fenômeno em análise continue expandindo de forma exponencial, fazendo com que os ideias de universalização dos Direitos Humanos fiquem cada vez mais afastados da realidade econômica e social dos países em desenvolvimento.

Portanto, apenas com o sistema jurídico regulador, tal qual o hoje existente, não acreditamos que seja possível solucionar ou até mitigar o problema aqui apontado de exploração humana e até natural de forma insustentável pelas empresas transnacionais. Apenas com o agir global, que exige que todos os países atuem em conjunto e compartilhem suas jurisdições, poderá ser possível iniciar um novo modelo econômico e social que adeque os interesses humanos e empresariais. Do contrário, não terão os países poder para intervir no contexto delineado, em especial os países em desenvolvimento, tampouco conseguirão alcançar o desenvolvimento humano almejado.

Conclusão

A análise aqui proposta objetivou contribuir e aprofundar discussão em relação aos Direitos Humanos que não estão sendo efetivados nos países em desenvolvimento em função do exacerbado poderio das empresas transnacionais no período globalizado atual. Para tanto, o trabalho foi dividido em duas partes.

No primeiro item, a pesquisa voltou-se em analisar a quebra de paradigma decorrente do novo ciclo de globalização iniciado no final do século XX e que vem propagando-se no século XXI. Ao apontar que as empresas transnacionais são as principais vitoriosas de tal período, o trabalho constatou dois elementos que levam a tal afirmação: esfacelamento do Estado-nação e concentração do conhecimento tecnológico, político, informacional e econômico no setor empresarial transnacional.

Já no segundo item, o trabalhou centrou sua análise na regulamentação jurídica já existente das empresas transnacionais, apontando que apenas o sistema jurídico não é capaz de solucionar o problema traçado, de forma

que é necessário um agir global pautado no compartilhamento de jurisdições para poder concretizar um novo modelo econômico e social que consiga conciliar os interesses econômicos e sociais.

Indicados os problemas decorrentes da migração das filiais das empresas transnacionais em busca de menores custos, o que dificulta que os Direitos Humanos sejam efetivados nos países em desenvolvimento, o presente trabalho apontou pela necessidade da interferência da mão visível do Direito para solucionar o problema em questão, bem como também citou que haveria necessidade do aumento do número e do poder dos Tribunais Internacionais para fiscalizar e julgar tais situações.

Valer ressaltar que o trabalho não tinha qualquer objetivo de condenar o sistema capitalista, tampouco de negá-lo, mas, na verdade, reafirmá-lo com base na necessidade de regulamentá-lo na prática em busca do equilíbrio entre valores humanos e econômicos, de forma que se possa encontrar um novo modelo econômico e social que possa compatibilizar todos os interesses sociais envolvidos.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, Geraldo Eulalio do Nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Os Primeiros Anos do Século XXI**. O Brasil e as Relações Internacionais Contemporâneas. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** consequências humanas. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Vida para consumo:** a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do Globalismo. Respostas à Globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **La sociedad del riesgo:** hacia uma nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2006.

BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZAROBA, Orides (coordenadores). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; PARREIRA, Liziane. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma jurídico.** São Paulo, volume 11, número 1, 2012, p. 179-206.

BERNARDO, João. **Democracia totalitária:** teoria e prática da empresa soberana. São Paulo: Cortez Editora, 2004.

BONAVIDES, Paulo. A globalização e a soberania: aspectos constitucionais. **Revista do instituto dos advogados brasileiros,** São Paulo, v.34, n.92, p. 23-43, abr./jun. 2000.

CAMPOS, Luís; CANAVEZES, Sara. **Introdução à globalização**. Lisboa: Instituto Bento Jesus Caraça, 2007.

COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Eder Dion de Paula; OPUSZKA Paulo Ricardo. Trabalho, renda e resgate da cidadania para empreendimentos populares. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da.; MEZZAROBA, Orides (coordenadores). **Empresa, funcionalização do Direito e sustentabilidade**. São Paulo: Clássica, 2013.

DOMINIQUINI, Eliete Doretto. Empresa Transnacional: a Estrela da Globalização, p. 105-128. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; FREITAS, Juarez; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini (coordenadores). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito.** Florianópolis: Funjab, 2014.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**. Tradução Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3ª edição, Malheiros, São Paulo, 2005.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno.** Tradução Victor Silva. Lisboa: Edições 70, 2011.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais:** jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 2012

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PETTER, Josué Lafayete. **Princípios constitucionais da ordem econômica.** 2ª edição. São Paulo: RT, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of Law.** New York: Aspen, 2003.

RAMOS**,** Andre de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,** v. 106-107, 2012, p. 497-524.

REICH, Robert. Bernard. **Supercapitalismo:** como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ROSIM, Arnaldo Ricardo. A fertilização cruzada nos tribunais e a liberdade religiosa. **Revista Sapere Aude.** Disponível em: < http://www.revistasapereaude.org/ > Acesso em: 11 de outubro de 2015.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é "direito e economia"? In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & economia.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

SANDEL, Michael. **Justiça:** o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2014.

_____. **O que o dinheiro não compra:** os limites morais do mercado**.** Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.

SANOMIYA, Bárbara Ryukiti; MORAES, Fabiano Lopes de. Os princípios orientadores da ONU: a sua aplicação nas estratégias empresariais como forma de proteção dos Direitos Humanos, p. 94-114. In: MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; BRANDAO, Danilo da Rocha; LOIS, Cecilia Caballero (coordenadores). **Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Florianópolis: Funjab, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os processos da globalização**. Eurozine. Disponível em: <http://www.eurozine.com/articles/2002-08-22-santos-pt.html>. Acesso em 20 de nov. de 2015.

_____. **Um discurso sobre as ciências.** São Paulo: Cortez, 2010.

SASSEN, Saskia. **Sociologia da Globalização**. Tradução Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2010.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Os Direitos Humanos:** conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

STIGLITZ, Joseph E. **Globalização:** como dar certo. Tradução Pedro Maia Soares. São Paulo: companhia da Letra, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os Tribunais Internacionais Contemporâneos.** Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2013.

VAILATTI, Diogo Basilio; PERES, Fernando; BENACCHIO, Marcelo. O ser humano enquanto sujeito de direitos e sua dignidade como vetor do reconhecimento dos novos direitos da personalidade, p. 269-287, In: FACHIN, Zulmar; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues (organizadores). **O reconhecimento dos novos direitos da personalidade.** Maringá: Humanitas Vivens, 2015.

VAILATTI, Diogo Basilio; BENACCHIO, Marcelo. A eficácia dos direitos fundamentais e a proteção do consumidor insculpida na ordem econômica: uma análise entre o absolutismo e o relativismo da tutela constitucional, p. 343-370. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; BELLINETTI, Luiz Fernando; COUTINHO, Sérgio Mendes Botrel (coordenadores). **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais.** Florianópolis: Funjab, 2015.

VALE, André Rufino do. O argumento comparativo na jurisdição constitucional. **Consultor jurídico.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/>. Acesso em: 08 out de 2015.

PROMOÇÃO E TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE PELAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

PROMOTION AND PROTECTION OF RIGHTS OF PERSONALITY BY TRANSNATIONAL CORPORATIONS

Daniela Menengoti Ribeiro[8]
Jose Sebastiao de Oliveira[9]

Sumário: INTRODUÇÃO. 1 EVOLUÇÃO E RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. 1.1 Internacionalização e humanização do direito a partir de Convenções internacionais. 1.2 O jusnaturalismo e o juspositivismo como justificação dos direitos da personalidade. 2 A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE PELAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS: O DILEMA ENTRE A GLOBALIZAÇÃO E A MUNDIALIZAÇÃO. 2.1 O que se tem feito sobre o tema: empresas transnacionais e defesa dos direitos humanos? CONSIDERAÇÃOES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Resumo
O trabalho aborda o processo de expansão do modelo internacionalizado de empresa ocorrido nas últimas décadas, que, por sua vez, desencadeando inquietação quanto à atuação das transnacionais em países onde há falhas legislativas de efetiva tutela de bens jurídicos que integram a personalidade. Neste sentido, buscar-se-á analisar as iniciativas tomadas pela Sociedade Internacional para orientar e responsabilizar a comunidade empresarial quanto à sua reverência aos

8 Professora do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas e da graduação em Direito do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Coordenadora/Líder do Grupo de Pesquisas (CNPq) Internacionalização do direito: dilemas constitucionais e internacionais contemporâneos. Pesquisadora do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). Doutora em Direito - Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) com período de pesquisa (doutorado sanduíche) na *Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne*, França. Mestre em Direito-Relações Internacionais, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com período de pesquisa no Mestrado em *Integrazione Europea* da *Università Degli Studi Padova*, Itália. E-mail: daniela.menengoti@gmail.com

9 Professor e coordenador do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Pesquisador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). Pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

valores humanos essenciais, propondo uma reflexão e uma aproximação ao conceito de mundializalização, e não pura e simplesmente da globalização econômica.

Palavras-chave: Direitos da personalidade; Empresas transnacionais; Internacionalização do direito.

Abstract
The paper discusses the process of expansion of internationalized model company in recent decades, which, in turn, triggering concern about the role of transnational corporations in countries where legislative failures of effective protection of legal interests that make up the personality. In this sense, it will be sought to analyze the initiatives taken by the International Society to guide and empower the business community for their reverence for the essential human values, proposing a reflection and an approach to the concept of mundialization, not simply of economic globalization.

Keywords: Personality rights; transnational corporations; Internationalization of law.

Introdução

A positivação das Constituições Americana e Francesa a partir dos movimentos iluministas conferiram direitos consolidados na ideia de liberdade, igualdade e solidariedade e inaugurando o processo de internacionalização desses valores, culminando com a elaboração de declarações universais e a criação de sistemas normativos regionais que buscam, principalmente, a promoção e proteção do indivíduo, dentre os quais se destaca os direitos da personalidade.

Porém, ao mesmo tempo em que se celebra a criação de textos legais que garantem os direitos humanos, é inegável o desrespeito às normas internacionais existentes. O dinamismo econômico dos últimos séculos, decorrentes da economia de mercado e das revoluções tecnológicas, produziram situações atípicas às já previstas e que, consequentemente, afetaram a tutela dos direitos humanos.

As empresas transnacionais – que se caracterizam por possuir a matriz em um país e atuação em diversos outros –, destacaram-se no cenário da globalização desempenhando papel determinante nas relações internacionais, que ultrapassam o âmbito econômico. Questões sociais, ambientais, de garantia de direitos dos trabalhadores e de sua dignidade estão nesta pauta.

A maioria das empresas transnacionais buscam, em países em desenvolvimento, mão de obra barata, incentivos estatais e possibilidade de influência política e econômica. Ademais, não são raros os casos em a legislação flexível e favorável às atividades das empresas nesses países gerem situações onde exista a exploração de mão de obra e o desrespeito aos direitos humanos sociais.

Não se pode generalizar a atuação das empresas transnacionais, e há inúmeras iniciativas para se promover a prática de boa governança, porém são propostas singelas e não vinculativas.

Nas Nações Unidas, o debate das violações de direitos humanos pelas empresas teve início na década de setenta, e apesar das tentativas, as propostas não eram aceitas por divergências entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos. Somente no ano de 2000, o então Secretário Geral da ONU, Kofi Annan lançou o Pacto Global, um conjunto princípios gerais sobre direitos humanos e atividades empresariais que mudou esse panorama de resistência.

A grande inquietação quanto à atuação das empresas transnacionais é seu comprometimento com os direitos humanos em países onde há falhas legislativas para sua efetiva garantia. Pode uma empresa, com sede em um país que exigi o cumprimento das normas protetivas do homem e da sociedade, eximir-se essa responsabilidade quando atua em outro território? É possível perdoar as empresas transnacionais dessa amnésia jurídica?

Neste sentido, o presente estudo buscará, através do marco teórico da internacionalização do direito, analisar a possibilidade de responsabilização de grandes corporações, que atuam na conjuntura mundial como novos atores, na esperança de uma humanização da mundialização. Para tanto, analisar-se-á, em um primeiro momento, o reconhecimento dos direitos humanos através de instrumentos universais, partindo para a análise da justificação dos direitos da personalidade através desta evolução. Posteriormente, passar-se-á ao estudo da tutela dos direitos da personalidade nas empresas transnacionais, verificando as iniciativas tomadas pela sociedade internacional para contornar os problemas decorrentes do processo de globalização.

1 Evolução e reconhecimento dos direitos da personalidade

A teoria dos direitos da personalidade é uma contribuição recente da doutrina e, diante disto, busca-se superar divergências e dificuldades na sua caracterização, tendo em vista que seu grau de generalidade e sua extensão tem prejudicado a positivação (BITTAR, 1989, p. 18).

Apesar de ser um instituto novo no universo jurídico, há registros de que a tutela da personalidade humana já existia na Grécia Antiga, através da *hybris*, representada por uma cláusula geral de proteção à personalidade concebido a partir de um preconceito tripartido, que assegurava a proteção contra injustiças, atos descomunais de uma pessoa contra a outra, e atos de insolência em face da pessoa; e no Império Romano, por meio da *actio injuriarum*, que consistia num interdito para defesa do sujeito contra a vida, integridade física, bem como a tutela da honra e da liberdade. (SZANIAWSKI, 2005, p. 23-24).

Na tradição grega, cabe mencionar o estoicismo, que na época helenística, com o fim da democracia e das cidades-estado, atribuiu ao indivíduo que tinha perdido a qualidade de cidadão, uma nova dignidade, resultando no significado filosófico conferido ao universalismo de Alexandre *o Grande*, em que o "mundo é uma única cidade – *cosmo-polis* – da qual todos participam como amigos e iguais" (LAFER, 2009, p. 119).

Ao contrário dos filósofos gregos, os primeiros pensadores cristãos e os escolásticos[10] da Idade Média e do Renascimento asseguraram o valor infinito do ser humano. Foi no Cristianismo que o homem passou a ter mais atenção, uma vez que era tido pela Igreja Católica como a imagem e semelhança do Deus, merecedor de uma distinta tutela. (CANTALI, 2009, p. 33).

O desapego por parte de alguns pensadores em relação ao Cristianismo fez florescer a doutrina da lei natural. Neste horizonte localizam-se as ideias de propriedade propostas por Tomás de Aquino[11] (1235-1274) – segundo o qual os homens têm direito natural ao produto da terra, um direito que na verdade pertence à comunidade humana. Também em Hugo Grotius (1583-1645) encontra-se a laicização do direito natural[12] e o consequente apelo à razão como fundamento do direito aceitável por todos porque comum aos homens independente de suas crenças religiosas – o que também somou à tradição dos direitos humanos.

10 Na obra *History of economic analysis*, Joseph Schumpeter mostra a relação entre a lei natural dos escolásticos e os direitos do homem. Segundo o autor, as características especulativas dos direitos do homem derivam do direito natural. (1994, p. 70 e ss.)

11 Em Tomás de Aquino, a ideia de dignidade humana consolida-se em razão da natureza divina. A dignidade própria dos seres humanos reflete a Deus.

12 Segundo Heiner Bielefeldt, "[n]o conceito de Direito natural, de um lado, exprime-se a transcedente demanda por validade da posição suprapositiva e humana do Direito, a que Sófocles alude na *Antígona*, com a expressão *agraphoi nomoi* e à qual também Kant se refere, quando designa o Direito como "o olho de Deus", a ser defendido contra a manipulação da soberania política. Por outro lado, o Direito natural – na diferença entre ordem natural e ordem da graça divina – ta,bem pode servir de defesa da relativa independência de Direito e Moral em relação a fundamentações exclusivamente teonômicas". (2000, p. 146)

São Tomás de Aquino reformulou o conceito de pessoa, definindo-a como "substância individual de natureza racional". Essa definição influenciou, posteriormente, a noção de dignidade da pessoa humana, uma vez que deve ser livre por natureza, e que existe em função da sua própria vontade (SARLET, 2009, p. 33-34).

Neste sentido, é recorrente a afirmação entre os doutrinadores de que a tutela dos direitos individuais e a noção de dignidade da pessoa humana originária do direito natural nos séculos XVII e XVIII, culminaram na moderna doutrina do direito de personalidade (SZANIAWSKI, 2005, p. 39)

Na visão jusnaturalista[13], que inspirou o constitucionalismo atual, os direitos do homem eram vistos como direitos inatos e uma verdade evidente.

> A proclamação dos direitos do homem surge como medida deste tipo, quando a fonte da lei passa a ser o homem e não mais o comando de Deus ou os costumes. De fato, para o homem emancipado e isolado em sociedades crescentemente secularizadas, as Declarações de Direitos representavam um anseio muito compreensível de proteção, pois os indivíduos não se sentiam mais seguros de sua igualdade diante de Deus, no plano espiritual, e no plano temporal no âmbito dos *estamentos* ou ordens das quais se originavam (LAFER, 2009, p. 123).

Na concepção jusnaturalista, os direitos da personalidade já existiam antes de sua positivação pelo Estado. A pessoa humana é anterior e superior à sociedade, e, portanto, impõe-se ao Direito. Esta posição está diretamente ligada à gênese dos direitos humanos reconhecidos nas Declarações que decorreram das Revoluções Americana e Francesa e que conferiram aos direitos da personalidade uma dimensão permanente e segura.

Os ideais da Revolução Americana de 1776, decorrente do conflito entre os colonos e a Coroa inglesa, tiveram suas raízes no Tratado de Paris de 1763, pondo fim a Guerra dos Sete Anos, anunciando a vitória da Inglaterra sobre a França, e deixando a nação vencedora na posse de ricos territórios no continente americano, já colonizados, culminando na elaboração da Declaração dos Direitos da Virgínia. Neste sentido, o artigo 1º do documento, de inspiração iluminista, no qual as Treze Colônias da América do Norte declararam sua independência do Reino Unido afirma que:

13 "O jusnaturalismo vem a desembocar no mais agudo positivismo jurídico, e o Código, mesmo se portador de valores universais, é reduzido à voz do soberano nacional, à lei positiva desse ou daquele Estado" (GROSSI, 2004, p. 114).

> Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança[14] (CONSTITUTION SOCIETY, 2016, tradução livre).

Em 14 de julho de 1789, eclodia a Revolução Francesa, marcada pelo lema *liberté, égalité, fraternité* – liberdade, igualdade, fraternidade – e pela tomada da Bastilha, prisão onde eram encarcerados adversários do regime e um dos símbolos do totalitarismo. Esse movimento revolucionário trouxe importante renovação institucional, possibilitando o surgimento do primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais.

São, pois, direitos individuais a) *quanto ao modo de exercício*, pois é individualmente que se afirma, por exemplo, a liberdade de opinião; b) *quanto ao sujeito passivo do direito*, uma vez que o titular do direito individual pode afirmá-lo em relação a todos os demais indivíduos, já que estes direitos têm como limite o reconhecimento do direito do outro[15]; e c) quanto ao *titular do direito*, que é o homem na sua individualidade (LAFER, 2009, p. 126-127).

Tal cenário abrigava grandes pensadores, como Montesquieu (1689-1755), d'Alembert (1717-1783), Voltaire (1694-1778) e Rousseau (1712-1778), entre outras expressões do chamado Iluminismo. Os ideais pregados por essa corrente de pensamento geraram consequências para o sistema político, a monarquia e o sistema social vigentes, culminando com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembleia Nacional Francesa em 26 de agosto de 1789, que definiu os direitos inerentes à pessoa humana, hoje inscritos em todas as Constituições democráticas contemporâneas ocidentais.[16]

A filosofia política do liberalismo, preconizada por John Locke (1632-1704) e Montesquieu, cuidou de salvar a liberdade decompondo a soberania na pluralidade dos poderes. A teoria tripartida dos poderes, como princípio de organização do Estado constitucional, é a principal contribuição desses pensadores.

---

14 "*That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety*."

15 Neste sentido afirma o artigo 4º da Declaração francesa de 1789: "*[...] l'exitence des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de La societé La jouissance de ces mêmes droits*" (ASSEMBLEE NATIONALE, 2016)

16 "Simplismo e otimismo parecem ser os traços que mais caracterizaram o jurista moderno, fortalecido no seu coração pelas certezas iluministas. Mas são muitos os problemas evitados, as interrogações que não se quis pôr, assim como é muito fácil sentir-se satisfeito ao contemplar um mundo povoado por figuras abstratas, projetadas por uma lanterna mágica muito bem manobrada" (GROSSI, 2004, p. 15).

Para Georg Jellinek (1851-1911), que pretendia romper o vínculo que identificava os direitos naturais com os direitos humanos, as Declarações de direitos do século XVIII introduziram na ordem constitucional um novo tipo de direito relativo à pessoa humana e que não encontrava justificativa no corpo da teoria dos direitos subjetivos. Consolidou-se no direito positivo a noção, até então conhecida apenas no direito natural, dos direitos subjetivos do membro do Estado frente ao Estado como um todo (JELLINEK, 2000, p. 143 e ss.)

Esses direitos proclamados face ao Estado haviam sido teoricamente sistematizados nos direitos públicos subjetivos, que fundamentam-se no entendimento de que, uma vez que a prestação jurídica assume natureza pública, o mesmo aplica-se ao direito do indivíduo (BARRETO, 2010, p. 245).

Segundo Celso Lafer, na interação entre governantes e governados que antecede a Revolução Americana e a Revolução Francesa, os direitos do homem surgem e afirmam-se como direitos individuais face ao poder do soberano no Estado absolutista.

> Representavam, na doutrina liberal, através do reconhecimento da liberdade religiosa e de opinião dos indivíduos, a emancipação do poder político das tradicionais peias do poder religioso e através da liberdade de iniciativa econômica a emancipação do poder econômico dos indivíduos do jugo e do arbítrio do poder político (LAFER, 2009, p. 126).

Na mesma época, na Ásia, o Japão desenvolve-se de maneira particular. Antes, porém, a Constituição Japonesa do ano 604, com 17 artigos, proclamada pelo imperador Shotobu Taishi e inspirada nos princípios de Confúcio (551-479 a.C.)[17], declarou a igualdade de todos os cidadãos diante do imperador e a proibição da exploração humana.

O pós-Segunda Guerra inaugura o movimento de reflexão internacional comprometido com a defesa da dignidade humana e de consolidação da internacionalização dos direitos humanos.

A partir de tal transformação, as Constituições ocidentais possuem mais do que fundamento de validade superior ao do ordenamento, passando a consubstanciar a própria atividade político-estatal, a partir do estabelecimento dos direitos fundamentais e dos mecanismos de sua concretização. Essas condições favorecem uma forma de convivência que garante a democracia, mas, acima de tudo, os direitos humanos.

17 Os ideais difundidos pelo budismo na Índia, por Zaratustra na Pérsia, e por Lao-Tsé e Confúcio na China, buscavam a ascensão espiritual do indivíduo e contribuíram para a evolução dos princípios hoje adotados nos Direitos Humanos (COMPARATO, 2001, p. 8 e ss.)

1.1 Internacionalização e humanização do direito a partir de Convenções internacionais

A elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 deveu-se ao entusiasmo suscitado pela criação da Organização das Nações Unidas (ONU), sob cuja égide reuniram-se os Estados levando em conta as experiências nazifascistas do período da Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de instituir uma nova organização internacional na busca pela paz.

A recém-fundada organização atribuiu a Comissão da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) para as Bases Filosóficas dos Direitos Humanos a tarefa de estabelecer a fundamentação dos direitos humanos constantes da Declaração.

Sob tal recorte previa-se que

> Esta declaração comum deve reconciliar de alguma maneira as diversas declarações divergentes e opostas que existem agora. Deve, além disso, ser suficientemente precisa como para ter um verdadeiro significado de inspiração que há de levá-la à prática, mas também suficientemente geral e flexível como para ser aplicável a todos os homens e poder ser modificada com a finalidade de que se ajuste aos povos que se encontram em diferentes fases de desenvolvimento social e político, sem deixar, não obstante, de ter significação para eles e para suas aspirações (Memorando e questionário acerca das bases teóricas dos Direitos do Homem, distribuídos pela Unesco, 2002, p. 14) .

A Comissão realizou um estudo aprofundado que resultou na Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. O texto da Declaração anuncia no artigo 3º que "toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal", além de dispor sobre a direito à igualdade, os direitos civis e familiares, os direitos políticos e os direitos econômicos e sociais.

Frente ao documento, o indivíduo não tem, todavia, somente direitos, mas também um conjunto de compromissos para com a comunidade na qual vive e onde desenvolve sua personalidade.[18] A afirmação desses compromissos é igualmente uma novidade do direito contemporâneo, uma vez que as leis internas ocupavam-se tão-somente dos direitos do indivíduo.

18 Segundo o artigo 29 da Declaração, "toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível."

Ressalta-se que a Declaração Universal não possui força jurídica obrigatória e vinculante perante os indivíduos ou os Estados e, neste ponto, parece desprovida de efeitos práticos. O fato decorre de a mesma configurar uma declaração e não um tratado vinculativo. Por atestar o reconhecimento universal dos direitos humanos fundamentais, todavia, caracteriza-se como costume internacional[19] e atinge manifesto valor moral.

A ausência de força jurídica vinculante da Declaração e a necessidade de sua judicialização culminaram com a elaboração do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1966[20] e aberto à adesão dos Estados, e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em vigor no âmbito internacional a partir de janeiro de 1976.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e os dois pactos – que acrescentaram número significativo de direitos político-sociais ao documento de 1948 –, constituem a Carta Internacional dos Direitos Humanos, considerada fonte de inspiração para os esforços nacionais e internacionais destinados a promover e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Sobre a influência da Declaração em diversos ordenamentos jurídicos, John Finnis lembra que

> A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1948, foi usada como modelo não apenas para o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (1966), mas também para o Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1952), ele próprio o modelo para muitas *Bills of Rigths* (Declarações ou Cartas de Direitos) entrincheiradas nas Constituições de países que têm conquistado a independência desde 1957 [...] Tais documentos tão minuciosamente ajuizados merecem atenção por parte de quem deseja analisar os problemas da vida humana em comunidade, em termos de direitos humanos, naturais ou jurídicos (FINNIS, 2007, p. 207).

Destarte, diante da humanização e internacionalização reinauguradas em 1948 pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, a proteção dos direitos humanos ocupa reconhecidamente posição central na agenda

19 O costume envolve alguma confluência, convergência ou regularidade de práticas entre Estados. "Deve haver a confluência de prática deliberativa, não induzida pela força, por fraude ou erro. E, mas positivamente, a prática deve ser acompanhada de uma certa atitude, crença, intenção ou disposição: na literatura, isso é chamado de *opinio juris*" (FINNIS, 2007, p. 234).

20 Nos termos do seu artigo 49, entrou em vigor na ordem jurídica internacional três meses depois do depósito junto do 35º (trigésimo quinto) instrumento de ratificação, o que ocorreu em março de 1976.

internacional nesta passagem de século e permitindo maior valorização das pessoas. Os múltiplos instrumentos internacionais revelam uma unidade fundamental de concepção e propósito, partindo da premissa de que os direitos protegidos são inerentes a todos os seres humanos, sendo anteriores e superiores ao Estado e a todas as formas de organização política.

1.2 O jusnaturalismo e o juspositivismo como justificação dos direitos da personalidade

A doutrina se divide entre a justificação dos direitos da personalidade pelo jusnaturalismo ou pelo juspositivismo. Outros ainda justificam sua consolidação através de critérios axiológicos historicamente observáveis tanto pelo direito internacional como pelo direito pátrio. Na prática, os direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos estão essencialmente interligadas uma vez que convergem para a proteção do ser humano.

Considerando, pois, as razões já levantadas, não há como negar que os direitos da personalidade são espécies de direitos humanos, pois inerente à pessoa. De igual forma, é possível observar que empiricamente a consolidação dos direitos da personalidade, nas clássicas Declarações de direitos do homem é resultado de um processo contínuo de conquistas históricas, mas que teve, em sua origem, uma concepção intrínseca, absoluta e inata.

A tutela do direito da personalidade, tanto para o direito pátrio quanto para o direito estrangeiro, figura como mero atributo jurídico tendo como definição a capacidade da pessoa – de possuir direitos e deveres – na ordem civil. Porém, a definição de personalidade sob esse aspecto constitui-se meramente formal, ausente de qualquer conteúdo substancial, dotando o homem tão somente como sujeito de relações jurídicas (BORGES, 2007, p. 10).

Segundo Daniel Sarmento (2004, p. 123-124), nessa visão clássica, os direitos de personalidade consistem um "direito geral à abstenção, em proveito de seu titular, pelo qual todos os demais sujeitos de direito ficariam adstritos ao dever de não violar os bens jurídicos que integram a sua personalidade", bens estes que se constituem em relação ao aspecto físico - vida, corpo, voz e outros - e ao aspecto moral - imagem, intimidade, nome, reputação etc.

Neste sentido, não é possível restringir os direitos da personalidade, limitando-os aos que estão taxativamente positivados, sob pena de seu engessamento, e, por consequência, a falta da tutela da personalidade humana – considerada como um conjunto de características próprias de cada indivíduo, abrangendo a vida, a liberdade, a intimidade dentro outros – uma vez que é impossível ao legislador prever todas as situações em que ela restaria ameaçada.

A personalidade é, no entanto, maior que a mera capacidade de direito, visto se tratar de valor inerente à pessoa humana, e, entendida como o "conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana" (SZANIAWSKI, 2005, p. 70), aproximando-se da noção de dignidade humana. Ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana é visto como princípio fundamental e informador dos direitos de personalidade.

2 A tutela dos direitos da personalidade pelas empresas transnacionais: o dilema entre a globalização e a mundialização

A globalização é um constante processo de integração econômica, social, política e cultural que se destacou a partir de meados da década de 1990. Anthony Giddens foi um dos primeiros autores a conceituar o termo como sendo:

> [...] uma complexa variedade de processos, movidos por uma mistura de influências políticas e econômicas. Ela está mudando a vida do dia a dia, particularmente nos países desenvolvidos, ao mesmo tempo em que está criando novos sistemas e forças transnacionais. Ela é mais que o mero pano de fundo para políticas contemporâneas: tomada como um todo, a globalização está transformando as instituições das sociedades em que vivemos. É com certeza diretamente relevante para a ascensão do "novo individualismo" que figurou com tanto destaque em debates socialdemocráticos (GIDDENS, 2000, p. 43).

A diversidade cultural da dignidade da pessoa humana, na qual os direitos da personalidade estão inseridos, se acentua diante do mundo globalizado. Neste aspecto, Teubner, afirma que a globalização deve ser percebida não como uma sociedade que gradativa e paulatinamente move-se na direção de integrar-se a uma sociedade mundial, mas sim como uma sociedade mundial que é resultado da crescente abrangência da comunicação que ultrapassa barreiras culturais ou geográficas. Nesta perspectiva, as organizações internas dos Estados-nações nada mais são do que meras expressões localizadas de uma sociedade mundial. (2003, p. 12)

Para Zygmunt Bauman, a globalização está na ordem do dia, um termo da moda que se transforma, e, independente do significado atribuído a palavra em si, o inegável é que todos estão sendo globalizados:

> Para alguns, "globalização" é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, "globalização" é o destino mediável do mundo, um processo

> irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo "globalizados" – e isso significa basicamente o mesmo para todos (1999, p. 7).

O autor ainda afirma que "a globalização concerne à nova ordem [ou "desordem] mundial, que tem caráter indeterminado, indisciplinado, e não possui um centro, promovendo essa "nova e desconfortável percepção das coisas fugindo ao controle", em contraponto com a universalização na qual se encontra "a intenção e a determinação de se produzir [...] uma ordem universal" (BAUMAN, 1999, p. 67).

Ainda, segundo Mireille Delmas-Marty, a globalização é utilizada em geral, para a economia e o mercado (produto e serviço). Já a mundialização é empregada para o panorama social, político e cultural, ou seja, referem-se aos direitos humanos (DELMAS-MARTY, 2003, p. 8).

Independentemente da terminologia adotada, o que se observa é que o mundo moderno é cercado de elementos como: o desenvolvimento tecnológico, os sistemas de informação, a competitividade global, bem como a nova forma de organização e estruturação das empresas transnacionais. As grandes companhias, principal agente da integração global,[21] se adequam a esse panorama internacional, expandindo o comércio, estrutura e organização a um novo modelo de produção fracionado em diversas partes do globo.

As empresas transnacionais são um dos sujeitos responsáveis pelas alterações ocorridas nas atividades econômicas da atualidade devido à sua possibilidade de controlar e coordenar as redes de produção em vários países, tirando proveito das diferenças geográficas e das distribuições de fatores (DICKEN, 2010, p. 467).

A produção dos bens fragmenta-se em diversos agentes econômicos, que muitas vezes se dispersam por vários Estados, tem como o objetivo aproveitar seletivamente as vantagens proporcionadas pela legislação interna de cada um.

As variações globais nos custos de produção são um componente significativo na decisão de investimentos transnacionais. Por conseguinte, as grandes empresas buscam se instalar em países onde possam aumentar os seus lucros em detrimento dos direitos trabalhistas. Busca-se a redução dos

21 Friedman afirma que, de 1800 a 2000, as empresas multinacionais foram o principal agente de mudança para integração global, as quais se expandiram em busca de mercado e mão de obra: "Foi nesse período que assistimos de fato ao nascimento e à maturação de uma economia global propriamente dita, no sentido de que havia uma movimentação de bens e informações entre os continentes em volume suficiente para a constituição de um mercado de fato global, com a venda e revenda de produtos e mão de obra em escala mundial" (FRIEDMAN, 2006, p. 20)

custos por meio da prática cada vez mais frequente de transferência de unidades produtivas para países ou regiões nos quais não são respeitados padrões laborais mínimos (FERNANDEZ, 2014, p. 90).

Ademais, as empresas, sob influência da economia globalizada, estão se utilizando desses 'novos' mecanismos, denominados pela doutrina como *dumping social*[22], para obterem maiores benefícios e menores custos de produção a partir do desrespeito aos direitos e garantias trabalhistas, internacionalmente reconhecidos (MAYORGA; UCHOA, 2014, p. 96-97).

Esse novo panorama que atribui poder às corporações em razão de complexas ramificações e a flagrante violação de direitos humanos despertou o interesse de juristas e economistas para o estudo do tema.

Neste sentido, Kathya Martin-Chenut

> Em todos os continentes as violações dos direitos humanos são cometidos por ou com a cumplicidade de empresas. Os exemplos são múltiplos. Eles revelam por vezes a amplitude das violações dos direitos humanos cometidos e a conscientização dos impactos decorrentes de sua atividade sobre a sociedade. De fato, as empresas se beneficiam em um contexto de conivência na esfera internacional.[23] (2013, p. 229-230, tradução livre).

As grandes corporações atuam na conjuntura mundial como novos atores e manejam, com propriedade, a economia globalizada, apresentando por vezes uma renda excedente o Produto Interno Bruto (PIB) de alguns países. Em razão de não serem reconhecidas formalmente como sujeito de direito internacional nos diplomas jurídicos universais, não possuem quaisquer atribuições em termos de direitos humanos, a fim de serem responsabilizadas internacionalmente por violações de tais direitos na cadeia produtiva (MARTIN-CHENUT, 2013, p. 229-230, tradução livre)

22 "[...] o "dumping social", assim identificado como a prática reincidente, reiterada, de descumprimento da legislação trabalhista, como forma de possibilitar a majoração do lucro e de levar vantagem sobre a concorrência, ainda que tal objetivo não seja atingido, deve repercutir juridicamente, pois causa grave desajuste em todo o modo de produção, com sérios prejuízos para os trabalhadores e para a sociedade em geral" (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 22)

23 *"Sur tous les continents des violations des droits de l'homme sont commises par ou avec la complicité d'entreprises. Les exemples sont multiples. Ils révèlent à la fois l'ampleur des violations des droits de l'homme commises et la prise de conscience des impacts décuplés de leurs activités sur la société. Les entreprises bénéficient en effet d'un contexte permissif dans la sphère internationale. Même si la majorité des entités économiques mondiales sont des entreprises et non pas des États, les entreprises ne sont pas considérées traditionnellement comme sujets de droit international. Elles ne sont pas les destinataires directs des traités internationaux et il n'existe pas, à ce jour, une convention internationale de protection des droits de l'homme directement contraignante à leur égard."*

Os sujeitos de direito internacional público reconhecidamente aceitos pela doutrina clássica e pelos instrumentos jurídicos internacionais são os Estados e as Organizações Internacionais. Neste sentido, as empresas, por não comporem esse quadro, não podem responder internacionalmente por eventuais violações á direitos humanos.

Pode-se afirmar que não houve uma adequada evolução da responsabilidade das empresas no contexto da globalização da economia e jurídico a esta nova ordem internacional. E, ainda que em algumas ocasiões sejam muito mais poderosas que os Estados, as empresas transnacionais não possuem personalidade jurídica nem obrigações jurídicas internacionais em matéria de direitos humanos no trabalho. Para solucionar esta anomalia jurídica, diversas corporações adotaram instrumentos jurídicos não vinculativos que são limitados, tanto do ponto de vista da sua natureza como do seu campo de aplicação e alcance jurídico[24] (DAUGAREILH, 2009, p. 77, tradução livre)

A responsabilização das empresas transnacionais é, ainda, dificultada pelo princípio da autonomia de cada estabelecimento do grupo, que responde de forma autônoma na sua gestão. Desta forma, mesmo que as decisões mais importantes sejam tomadas pela empresa matriz, esta não pode ser considerada responsável pelas atividades de uma subsidiária que infrinja os direitos humanos ou ambientais, e muito menos dos seus subcontratantes ou intermediários em outros países[25] (MARTIN-CHENUT, 2015, p. 292, tradução livre).

Neste ponto, deve-se levar em conta a impotência dos Estados, em que muitas vezes são mantidos por um contexto local de corrupção e de fragilidade do Estado de direito, agregada a falta de vontade política dos Estados de origem das empresas e aos obstáculos legais gerados por suas legislações internas.[26] (MARTIN-CHENUT, 2015, p. 293).

Para que essas práticas reprováveis sejam contornadas, o direito do trabalho precisa se adequar às transformações produzidas pela globalização da economia e da informática e pela concorrência internacional, e sobre as quais esse ramo do direito ficou alienado.

---

24 "*La Responsabilidad social de las empresas se ha desarrollado en un contexto económico particular, el de la globalización de la economía, y en un contexto jurídico inadaptado a este nuevo orden internacional. Aunque em ocasiones sean mucho más poderosas que los Estados, las empresas transnacionales no poseen ni personalidad jurídica ni obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos en el trabajo. Para solucionar esta anomalía jurídica, diversas instituciones internacionales han adoptado instrumentos jurídicos no obligatorios que son limitados, tanto desde el punto de vista de su naturaleza como de su campo de aplicación y alcance jurídico.*"

25 "*La responsabilisation des entreprises transnationales se heurte au príncipe d'autonomie juridique des entreprises, chaque entité du groupe étant autonome dans la gestion de ses affaires. Cette dilution des responsabilités implique qu'alors même que les décisions les plus importantes sont prises par la société-mère, celle-ci ne peut être tenue responsable, notamment comme complice, des activités d'une de ses filiales portant atteinte aux droits de l'homme ou au droit de l'environnement, et encore moins d'un de ses sous-traitants ou intermédiaires.*"

26 "*Or, à l'impuissance des Etats territoriaux, entretenue parfois par un contexte local de corruption et de fragilité de l'état de droit, s'ajoute le manque de volonté politique des Etats d'origine des entreprises et les obstacles juridiques poses par leurs législation interne.*"

2.1 O que se tem feito sobre o tema: empresas transnacionais e defesa dos direitos humanos?

O compromisso da Organização das Nações Unidas com a temática dos impactos das atividades das empresas transnacionais na sociedade pode ser dividido em três etapas (DEVA; BILCHITZ, 2013, p. 5 e ss).

A primeira fase se deu na década de 1970, quando da criação da "Comissão sobre Multinacionais" no âmbito da ONU, que teria como principal objetivo desenvolver um código de conduta a ser adotado pelas empresas. A Comissão apresentou um *draft* dos estudos em meados de 1990. Porém, em razão de divergências entre países em desenvolvimento e desenvolvidos, o documento não teve plena aceitação – estes países buscavam solidificar a capacidade de regularem sobre as obrigações das empresas transnacionais, e aqueles buscavam criar um campo de manobra para as empresas atuarem nos mercados emergentes.

A segunda fase tem como foco de discussão, as obrigações das empresas relativas aos direitos humanos, e consolida-se em 1997 com o estabelecimento de um grupo de trabalho na "Subcomissão para Promoção e Proteção dos Direitos Humanos", subordinada ao Conselho de Direitos Humanos da ONU, para analisar os métodos de trabalho e atividades das empresas transnacionais.

Em 1999, esse "Grupo de Trabalho sobre Métodos de Trabalho e Atividades das Corporações Transnacionais" passa a desenvolver um conjunto de normas de conduta para empresas, culminando, em 2003, com as "Normas sobre Responsabilidades das Corporações Transnacionais e Outros Empreendimentos Privados com Relação aos Direitos Humanos"[27].

Apesar de ter sido aprovada pela Subcomissão, o Conselho de Direitos Humanos não reconheceu o *status* legal do documento, atribuindo-lhe severas críticas em razão de estender às empresas, as obrigações estatais relativas aos direitos humanos. Com o descontentamento por parte do Conselho de Direitos Humanos, a proposta não foi implementada.

Contemporaneamente, o então Secretário Geral da ONU, Kofi Annan, lançou em 2000 o Projeto Pacto Global, que consistia em um apelo ao setor privado para que, juntamente com algumas agências das Nações Unidas[28] e outras organizações da sociedade civil, contribuísse para o progresso da

27 *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003).*

28 Para cumprir os compromissos propostos, os signatários são auxiliados por cinco agências de apoio da ONU: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) que lidera as atividades, o Escritório do Alto Comissariado dos Direitos Humanos (OHCHR), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e a Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (UNIDO).

prática da responsabilidade social corporativa, na busca do respeito aos direitos humanos, ao meio ambiente e à ética nos negócios, e assim, solucionar os desafios da globalização.

O Pacto Global é um mecanismo voluntário no qual a empresa ou a instituição é incentivada a assumir publicamente o compromisso de gerenciar seu crescimento de maneira responsável, baseando suas políticas e práticas de negócios em 10 princípios de valores universais cujos pilares são: direitos humanos, relação de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção.

A terceira e última fase é marcada pela nomeação, em 2005, de John Ruggie como Representante Especial do Secretário Geral da ONU para a temática Direitos Humanos e Empresas Transnacionais. (DEVA; BILCHITZ, 2013, p.10)

A nomeação de John Ruggie deixou transparecer a influência norte-americana na definição mais branda de regras e princípios que seriam aplicadas às empresas. Seu mandato foi denominado de "Pragmatismo Principiológico", em razão de priorizar ações e normativas que tivesse mais chance de serem alcançadas e que promovesse mudanças na vida diária das pessoas, ainda que não protegessem plenamente os direitos humanos.[29]

O trabalho de Ruggie teve como resultados dois documentos: o "*Protect, Respect and Remedy*" Framework de 2008 (OHCHR, 2008), e os "Princípios Orientadores" de 2011 (OHCHR, 2011), que orientam, de forma não vinculativa, as atividades das empresas em relação aos direitos humanos.

Importante destacar que o "*Protect, Respect and Remedy*" atribuía "deveres" aos Estados e somente "responsabilidades" às empresas, deixando transparecer a tendência que prevaleceria no documento de 2011, no qual os Estados possuiriam obrigações *stricto sensu* com a proteção e respeito aos direitos humanos, e reparações às vítimas enquanto que as empresas responderiam em um nível ético e moral, do que seria certo e valorizado enquanto rotina empresarial.

Para divulgar, discutir e auxiliar a implementação dos "Princípios Orientadores" nos Estados e nas atividades das empresas, criou-se um Grupo de Trabalho em Direitos Humanos e Empresas[30].

Em 2014, uma nova iniciativa sobre a temática dos direitos humanos e empresas surgiu na 26ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, com a Resolução A/HRC/26/L.22/Rev.1. Liderada pela Bolívia, Cuba,

29 "[…] *an unflinching commitment to the principle of strengthening the promotion and protection of human rights as it relates to business, coupled with a pragmatic attachment to what works best in creating change where it matters most – in the daily lives of people*" (RUGGIE, 2006).

30 Em razão da Resolução A/HRC/26/L.1., deliberada na 26ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, o mandato do "Grupo de Trabalho em Direitos Humanos e Empresas" foi revogado por mais três anos. (CONECTAS, 2014)

Equador, Venezuela e África do Sul, a proposta aprovada criou um grupo de trabalho intergovernamental para a elaboração de um tratado internacional vinculante, sobre empresas transnacionais, outros empreendimentos comerciais e violações a direitos humanos, a ser apresentado para análise ao Conselho de Direitos Humanos, em meados da segunda metade de 2016.

Outras iniciativas, não vinculativas, também ajudam na consolidação de boas práticas empresarias. Cita-se como exemplo os "Princípios da OCDE sobre o Governança Corporativa de 2004" (OCDE, 2004) que recomendam boas práticas em empresas privadas, bem como linhas orientadoras sobre a sua aplicação, podendo ser adaptados às circunstâncias específicas de cada país e região. O documento, apesar de bem-intencionado, busca principalmente defender e garantir os direitos dos acionistas, dando pouca atenção aos trabalhadores e aos demais *stakeholders*[31].

A força para que essas mudanças ocorram surgem também do judiciário. No Brasil, as recentes jurisprudenciais do TST e o legislador, por meio da Lei nº 11.962/2009, alterou a redação do artigo 1º da Lei nº 7.064/82, estendendo o direito a todos os trabalhadores contratados no Brasil transferidos por seus empregadores para prestar serviços no exterior. Isso indica a prevalência do princípio da norma mais favorável sobre o princípio da territorialidade, afastando-se, assim, a aplicação da Súmula nº 207[32], que consagrava o princípio "*lex loci execucionis*".

De igual forma, destaca-se na jurisprudência do STF o julgado do Caso *Air France*, considerada uma das decisões mais importantes sobre o assunto. Na qual, invocou-se o direito à igualdade, que não admite o tratamento diferenciado com base na origem do empregado,

> RE 161243 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ORIGEM: DF - DISTRITO FEDERAL. RELATOR: MIN. CARLOS VELLOSO. JULGAMENTO: 29/10/1996. ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA TURMA. EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser

31 Segundo José A. Puppim de Oliveira, os *stakeholders* podem ser definidos como "[...] grupos de interesse com certa legitimidade que exercem influência junto às empresas" e que pressionam proprietários, acionistas e gestores, interferindo, de certa forma, nos rumos da empresa. (2008, p.94)

32 No Brasil, prevalecia a orientação do Tribunal Superior do Trabalho, por meio de sua Súmula 207, em que se aplicava o princípio "*lex loci execucionis*", segundo o qual a lei que rege um contrato de trabalho é aquela do local da prestação de serviços e não do local de contratação. Esse dispositivo estabelecia que "a relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação".

> francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg) - PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido.

Preliminarmente a Turma conheceu do recurso para examinar desde logo a questão constitucional, relativa à ofensa ao princípio da isonomia, e no mérito da questão constitucional, o Tribunal conheceu do recurso e deu provimento, para reconhecer a isonomia entre o empregado brasileiro e o empregado francês, concedendo ao primeiro todos benefícios e vantagens conferidos no Estatuto do Pessoal da Empresa, que, a princípio, só beneficiariam os empregados de nacionalidade francesa (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 113).

Porém, ainda que essa tendência também tem sido verificada em ordenamentos jurídicos de outros países, está longe de ser uma realidade universal. Inúmeros países, em especial os menos desenvolvidos, carecem de legislação que respeite padrões laborais, e as grandes empresas se beneficiam destas lacunas para aumentar seus lucros, sacrificando direitos do trabalhador.

Compartilhar a responsabilidade conduziria ao reconhecimento de que os Estados não são mais os únicos detentores de um poder global, seja político ou econômico.[33] (DELMAS-MARTY, 2013, p. 144-145, tradução livre).

Isso se daria não somente através da inter-relação entre o direito nacional e internacional por meio da validação de tratados no ordenamento jurídico dos países, mas também através de movimentos internacionalizante de mimetismo em relação a padrões recomendados por organismos internacionais, sem haver necessariamente força vinculante.[34] (MORAIS, 2012, p. 179).

---

33 *"Partarger les responsabilités devrait conduire à reconnaître que les États ne sont plus les seuls sujets du droit internacional et que la détention d'un pouvoir global, qu'il soit politique ou économique, implique le corollaire d'une responsabilité également globale."*

34 "*Sur le législateur national, les effets de la soft law, au sens de droit mou (non obligatoire) son notables. À titre d'exemple, la Déclaration de l'OIT (1988), bien que non obligatoire, a déclenché la ratification de conventions fondamentales correspondant aux quatre príncipes et droits fondamentaux. Dix ans après sa rédaction, l'augmentation significative du nombre des ratifications peut être attribuée en grande partie à l'effet promotionnel d'une Déclaration. Si soft law peut servir d'alibi à l'inertie des États ou des ETN, elle peut donc aussi constituer une première étape vers l'intégration du droit international."*

Os efeitos da *soft law*, no sentido do direito leve (não obrigatório) são notáveis. A título de exemplo, a Declaração da OIT (1988), embora não seja obrigatória, desencadeou a ratificação de convenções fundamentais. Dez anos depois de sua redação, verificou-se um aumento significativo do número de ratificações. Se a *soft law* pode servir de álibi para a inércia de Estados ou de empresas transnacionais, ela pode também contribuir para a integração do direito internacional. (DELMAS-MARTY, 2013, p. 146-147, tradução livre).

Souto Maior, Mendes e Severo mencionam que não se tratam apenas de normatividades específicas, mas possuem natureza transcendental já que instituem valores para toda a sociedade e para todo o ordenamento jurídico. Neste sentido, mencionam que esses valores são:

> [...] a solidariedade (como responsabilidade social de caráter obrigacional), a justiça social (como consequência da necessária política de distribuição dos recursos econômicos e culturais produzidos pelo sistema) e a proteção da dignidade humana (como forma de impedir que os interesses econômicos suplantem a necessária respeitabilidade à condição humana) (2014, p. 32).

Para que a responsabilidade das empresas transnacionais se torne uma realidade, o direito internacional e do direito nacional devem se articular, fortalecendo o dever de vigilância de todos os atores das relações econômicas.

Considerações finais

É inegável que a globalização tenha efeitos positivos. O avanço tecnológico, o intercâmbio cultural e científico, a competitividade do mercado, são elementos que contribuem para o progresso da sociedade. Porém, a enorme expansão das relações econômicas nas últimas décadas, com empresas transnacionais buscando oportunidades de negócios ao redor do mundo, trouxe consigo novas ameaças aos direitos humanos, que por consequência, tocam em bens jurídicos que integram a personalidade.

Esses desafios, incomuns para a sociedade, mostram que os países já não são os únicos violadores de direitos, nem os únicos responsáveis por seu respeito e proteção. E, independente da vertente doutrinária que se adote para a justificação dos direitos da personalidade – seja jusnaturalismo ou juspositivismo – , é fundamental proteger os direitos das pessoas neste novo ambiente.

Questões sociais, ambientais, de garantia de direitos dos trabalhadores e diversidade cultural da dignidade da pessoa humana se acentuam diante do mundo globalizado. E, é imprescindível a busca pelo fortalecimento dos mecanismos de prestação de contas e responsabilização por violações a direitos humanos por parte do setor privado.

Formas não vinculativas, que orientam as atividades das empresas de maneira voluntária em relação aos direitos humanos tiveram resultados positivos. Iniciativas como a do Pacto Global, que inúmeras vezes parecem conflitar com os interesses privados da comunidade empresarial, comprovam que é possível exercer a atividade lucrativa sem deixar de reverenciar os valores humanos essenciais, de uma economia global mais sustentável e inclusiva.

Não se pode, por outro lado, criticar a geração de riquezas, a obtenção de lucros e o desenvolvimento empresarial, desde que tais fatores ocorram dentro da legalidade e da moral universal, com respeito aos direitos humanos.

É necessário que os países se esforcem para a criação de níveis homogêneos de normas internas, que garantam direitos humanos de forma de que a internacionalização se aproxime do conceito de mundializalização, e não pura e simplesmente da globalização econômica.

É preciso reagir, reavaliar valores e dar respostas aos apelos de uma nova economia. E este avanço depende tanto do crescimento econômico através de políticas e práticas de negócios conscientes, quanto do reconhecimento e concretização dos direitos em todas as dimensões. Ninguém perder inovando, só se ganha um mundo novo.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEE NATIONALE. **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789**. Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr>. Acesso em: 19 abril de 2016.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: As consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1999.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**: fundamentos de um ethos de liverdade universal. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2000.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade:** disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

CONECTAS. **Resolution A/HRC/26/L.1.** Genebra: ONU, 2014. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/HRC26_L_1_Rev_1_Orallyrevised.doc>. Acesso em: 30 jul. de 2016.

CONECTAS. **Resolution A/HRC/26/L.22/Rev.1**. Genebra: ONU, 2014. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/HRC26_L_22_Rev_1_Orallyrevised.doc>. Acesso em: 30 jul. de 2016.

CONSTITUTION SOCIETY. **The Virginia Declaration of Rights, 1776**. Disponível em: <http://www.constitution.org>. Acesso em: 10 abril de 2016.

DAUGAREILH, Isabelle. Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica. In: **Cuadernos de Relaciones Laborales**. v. 27, nº 1, 2009, p. 77-106.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Étude juridiques comparatives et internationalisation du droit**. Paris: Collége de France, Fayard, 2003.

DEVA, Surya; BILCHITZ, David. The Human Rights Obligations of Business: A Critical Framework for the Future. In: DEVA, Surya; BILCHITZ, David (Eds.). **Human Rights Obligations of Business**: Beyond the Corporate Responsibility to Respect? Cambridge: Cambridge University Press, p. 1-26, 2013.

DICKEN, Peter. **Mudança Global**: mapeando as novas fronteiras da economia mundial. Tradução de Teresa Cristina Felix de Souza. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERNANDEZ, Leandro. **Dumping social**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.

FRIEDMAN, Thomas L. **O Mundo é Plano**: uma breve história do século XXI. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da sociela-democracia. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HUMAN RIGTHS LIBRARY. **Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003)**. Disponível em: <http://hrlibrary.umn.edu/links/norms-Aug2003.html>. Acesso em: 30 jul. de 2016.

JELLINEK, Georg. **La Declaracion de los Derechos del hombre y del Ciudadano**. Tradução de Adolfo Posada. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Os direitos da personalidade na perspectiva dos direitos humanos e do direito constitucional do trabalho. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº7 - Jan/Jun 2006 - Vol. 2, p. 342-354.

MARTIN-CHENUT, Kathia. Droit de l'homme et responsabilité de entreprises: les principes directeurs des Nations Unies. In: GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève; MANACORDA, Stefano (Coords.). **La responsabilité pénale des personnes Morales:** perspectives européennes et internationales. Collection de l'UMR de droit comparé de Paris (volume 30). Paris: Société de législation comparée, 2013, p. 229-247.

MARTIN-CHENUT, Kathia. Quelles responsabilités face aux exigences d'une démocratie environnementale? In: CANAL-FORGUES, Eric. **Démocratie et diplomatie environnementales:** Acteurs et processus en droit international. Paris: Editions A. Pedone, 2015, p. 281-300.

MAYORGA, Ludy Johanna Prado; UCHOA, Anna Walléria Guerra. Efeitos do Dumping Social no Direito ao Meio Ambiente do Trabalho Sadio: atuação da OIT e OMC. In: MISAILIDIS, Mirta Gladys Lerena Manzo de; SILVA, Lucas Gonçalves da; BARBATO, Maria Rosaria (coord.). **Direito do trabalho.** Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 92-115.

MORAIS, José Luis Bolzan de; VIEIRA, Gustavo Oliveira. A internacionalização do Direito a partir dos direitos humanos: reflexões iniciais para o futuro do constitucionalismo. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 4, n. 2, 2012, p. 176-184.

OCDE, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Os princípios da OCDE sobre governança corporativa, 2004**. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/33931148.pdf>. Acesso em: 10 jul. de 2016.

OHCHR, United Nations High Commissioner for Human Rights. **Guiding Principles on Business and Human Rights**: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework, 2011. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf>. Acesso em: 25 jul. de 2016.

OHCHR, United Nations High Commissioner for Human Rights. **'Protect, Respect and Remedy' Framework", 2008**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf>. Acesso em: 25 jul. de 2016.

OLIVEIRA, José A. Puppim de. **Empresas na sociedade**: sustentabilidade e responsabilidade social. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RUGGIE, John. **Interim Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises**. U.N. Doc. E/CN.4/2006/97. 2006. Disponível em: <http://www1.umn.edu/humanrts/business/RuggieReport2006.html>. Acesso em 30 jul. 2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **History of economic analysis**. London: Routledge, 1994.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MENDES, Ranúlio; SEVERO, Valdete Souto. **Dumping Social nas Relações de Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEUBNER, Günther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. In: **Impulso. Revista de Ciências Sociais e Humanas**. v. 14, n. 33, jan./abr. 2003, p. 9-31.

UNESCO. Memorando e questionário acerca das bases teóricas dos Direitos do Homem. In: GROCE, Benedetto; CARR, E.H.; ARON, Raymond. **Declarações de direitos.** Ed. atual. e rev. por EaD/CEE/MCT, 2. ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002, p. 9-16.

A FUNÇÃO SOCIAL DAS SOCIEDADES TRANSNACIONAIS

SOCIAL FUNCTION OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS

Henrique Viana Pereira[35]
Rodrigo Almeida Magalhães[36]

Sumário: 1) Introdução, 2)Função social, 3) Função social da empresa, 4) Responsabilidade social, 5) As sociedades transnacionais e sua função social, 6) Conclusão, Referências Bibliográficas

Resumo
O artigo estuda se a função social das sociedades transnacionais é a mesma das sociedades nacionais. Para alcançar esse objetivo analisa a função social, após, a função social da empresa diferenciando-a da responsabilidade social e, ao final, a função social das sociedades transnacionais e das nacionais. A função social é um princípio que trouxe maior grau de justiça nas relações sociais, visando coibir os abusos individuais. Nas sociedades, direciona para o bem comum, possibilitando um ganho econômico mais justo para todos.E as sociedades transnacionais estão inseridas nessa função de trazer benefícios para as pessoas. Não se pode afirmar que elas exercem uma maior função social, mas por serem, normalmente, grandes empresas tem a possibilidade de gerar uma maior ganho para a comunidade.

Palavras-chave: Função social da empresa, responsabilidade social, sociedades transnacionais, sociedades nacionais.

Abstract
The paper studies the social role of transnational corporations is the same as domestic companies. To achieve this objective analyzes the social function after, the social function of business differentiation from social responsibility and at the end, the social role of transnational corporations and national. The social function is a principle that has brought a greater degree of justice in social relations, aimed at curbing the individual abuses. In societies, directs to the common

35 Doutor e Mestre em Direito pela PUC/Minas. Professor do Doutorado e Mestrado da PUC/Minas, advogado.
36 Doutor e Mestre em Direito pela PUC/Minas. Professor do Doutorado e Mestrado da PUC/Minas, professor da UFMG.

good, enabling a more just economic gain for everyone. And the transnational corporations are inserted in this role to bring benefits to people. You can not say that they exert a greater social role, but because they are usually large companies have the ability to generate a higher gain for the community.

Keywords: social function of the company, social responsibility, transnational corporations , national companies.

1. Introdução

Atualmente, a empresa não é mais vista tendo como único objetivo o lucro. Ela passou a ser uma instituição social, que pela sua importância, desenvolvimento e influência dependem toda a humanidade. Nela, a maior parte da população possui alguma ligação, seja como sócio, empregado, consumidor. É uma instituição social porque provém a grande maioria de bens e serviços da sociedade e, ainda, dá ao Estado grande parcela de suas receitas fiscais.

É assim responsável pelo emprego, produção ou intermediação com o consumidor, valorizando e melhorando o local em que se estabelece, além de, pagar os tributos para o Estado.

Isso acontece, porque o Estado Democrático de Direito deixou de participar diretamente da produção e circulação de bens e serviços, deixando a atribuição para a iniciativa privada. Mas, o desenvolvimento econômico deverá estar vinculado ao desenvolvimento social. Os dois unidos conseguem alcançar o princípio da dignidade humana, já que, em nome do desenvolvimento econômico, o ser humano jamais poderá ser desprezado e, para o desenvolvimento social, o progresso, a produção não serão esquecidos.

Diante do exposto, surge o termo função social da empresa. A função social, como termo, surgiu na filosofia e passou para o direito, inicialmente, sob a forma de função social da propriedade.

A função social é exaustivamente citada na Constituição, como nos arts. 5º, XXIII; 170, III; 173, §1º, I; 182, §2º; 184, *caput*; 185, parágrafo único. O termo, também, está previsto no Código Civil, art. 421 e, no Direito Empresarial, como no art. 116, parágrafo único da lei 6404/76 e art. 47 da lei 11101/05.

Apesar de largamente difundida a expressão função social, a doutrina ainda não a definiu de forma satisfatória, justificando o seu estudo principalmente no direito empresarial. Para alcançar esse objetivo, o artigo analisará a função social, após, a função social da empresa diferenciando-a da responsabilidade social e, ao final, a função social das sociedades transnacionais e das nacionais.

2. Função social

O termo função social, tão importante no Estado Democrático de Direito, orienta as atividades humanas, no sentido de que os atos praticados devem visar o bem-estar coletivo. "O conceito de função teria sido formulado pela primeira vez por São Tomás de Aquino, quando afirmou que os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar" (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 33).

Sobre o sentido da palavra função, Fábio Konder Comparato assevera que: "o substantivo *functio*, na língua matriz, é derivado do verbo depoente *fungor* (*functussum*, *fungi*), cujo significado primigênio é de cumprir algo, ou desempenhar-se de um dever ou uma tarefa" (COMPARATO, 1996, p. 40).

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior sugere que a "função quer dizer papel que alguém ou algo deve desempenhar em determinadas circunstâncias. Falar em função, portanto, corresponde a definir um objetivo a ser alcançado" (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 45-46).

Com relação ao termo social, deve ser entendido como "pertencente à sociedade humana considerada como entidade dividida em classes graduadas, segundo a posição na escala convencional: posição social, condição social, classe social" (MICHAELIS, 1998, p. 1961).

Destaque-se que não se pode vincular a palavra "social", ao estudar a função social da empresa, a ideais socialistas. Não se pretende transformar os bens que envolvem a empresa em patrimônio coletivo, mas tão somente em subordinar a atividade empresarial aos interesses sociais.

Ana Frazão de Azevedo Lopes afirma que a função social orienta o exercício da externalização de interesse privados para o bem da sociedade, "acabando com o seu caráter arbitrário e pessoal" (LOPES, 2006, p. 96).

Dissertando sobre o tema, Francisco dos Santos Amaral Neto observa que:

> Emprestar ao Direito uma função social significa, portanto, considerar que os interesses da sociedade se sobrepõem aos interesses do indivíduo, sem que isso implique, necessariamente, a anulação da pessoa humana, justificando-se a ação do Estado pela necessidade de se acabar com as injustiças sociais. Função social significa não individual, sendo critério de valoração de situações jurídicas conexas ao desenvolvimento das atividades de ordem econômica (AMARAL NETO, 2003, p. 367).

Pietro Perlingieri entende que falar sobre função social é falar de algo especial. Para esse autor,

> A função social, construída como o conjunto dos limites, representaria uma noção somente de tipo negativo voltada a comprimir os poderes proprietários, os quais sem os limites, ficariam íntegros e livres. Este resultado está próximo à perspectiva tradicional. Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento (PERLINGIERI, 2007, p. 226).

Ainda segundo esse autor, "a função social é também critério de interpretação da disciplina proprietária para o juiz e para os operadores jurídicos" (PERLINGIERI, 2007, p. 227).

Então, pode-se dizer que cumprir uma função social é atingir uma finalidade útil para a coletividade, e não apenas para as pessoas diretamente envolvidas. Ela determina uma limitação interna, no sentido de que legítimo será o interesse individual quando realizar o direito social, e, não apenas quando não o exercer em prejuízo da coletividade.

Apesar da função social apenas indicar um fim a ser promovido, sem previsão do meio para sua realização através de legislação infraconstitucional, isso não impede sua eficácia. Eugênio Facchini Neto afirma:

> Caso a eficácia de um direito fundamental dependesse de uma legislação infraconstitucional que o implementasse, correr-se-ia o risco de a omissão do legislador ordinário ter mais força eficacial do que a ação do legislador constituinte. Isso significaria que a criatura (legislador ordinário) teria mais poder do que seu criador (legislador constituinte). Daí a razão de se sustentar a ideia de que, quando inexistente a *interpositivo legislatoris*, as normas constitucionais podem aplicar-se diretamente (FACCHINI NETO, 2003, p. 49).

O princípio da função social, dessa forma, não impõe que o particular seja mero meio para satisfazer interesses sociais, mas atribui ao proprietário (ou a quem for exercer o direito de usar, gozar e dispor da propriedade), bem como ao empresário – conforme será visto adiante – a prática de comportamentos em benefício da sociedade. Trata-se de inserção de solidariedade das relações entre indivíduos, "transformando-os em corresponsáveis, ao lado do Estado, pela efetiva realização do projeto de uma sociedade de membros autônomos e iguais" (FRAZÃO, 2011, p. 190).

Para o efetivo exercício desta solidariedade social, imperiosa a busca pelo equilíbrio entre o exercício dos direitos subjetivos e das liberdades e os anseios sociais.

3. Função social da empresa

Conforme já exposto, exercer uma função social significa atingir um objetivo útil, não apenas para os sujeitos diretamente envolvidos, mas também para a sociedade. Ademais, considerando a função econômica da empresa como fonte geradora de riquezas, impostos, emprego e lucro, não é certo dizer que, só por funcionar, a empresa cumpre sua função social.

Nesse sentido, a função social da empresa não consiste – apenas – em manter a atividade empresarial como geradora de empregos, tributos e riquezas. Defende-se uma compreensão mais ampla da função social da empresa, no contexto do Estado Democrático de Direito.

Não se defende a ideia de Edistio Cámere para quem: "la empresa cumple su función social principal cuando *gana plata"*[37] (CÁMERE, 2012, p. 01).

A empresa, no mundo atual, tem extrema importância, gerando reflexos imediatos na coletividade. Ela concentra a prestação de serviços, fornecimento de bens, geração de empregos, coleta dinheiro para o Estado – por meio da arrecadação fiscal – bem como contribui para a constante e crescente interligação da economia de mercado.

Dessa forma, possui relevante poder sobre a ordem econômica nacional e global, eis que representa uma fonte inesgotável de parcerias. Ademais, não se pode mais aceitar uma visão obtusa, alheia à função social da empresa. Sobre a importância da empresa, Ana Frazão de Azevedo Lopes sugere:

> A empresa é vista como instituição cuja importância transcende à esfera econômica e passa a abarcar interesses sociais dos mais relevantes, como a própria sobrevivência e o bem-estar dos trabalhadores que para ela prestam seus serviços e dos demais cidadãos que dividem com ela o mesmo espaço social. (LOPES, 2006, p. 119).

O homem, no contexto do Estado Democrático de Direito, é visto, necessariamente, em integração com a coletividade, razão pela qual as restrições aos interesses individuais em face da sociedade são inerentes a toda atividade econômica.

37 Tradução livre: A empresa cumpre sua função social principal quando ganha dinheiro

Então, a empresa, ao reunir enorme capacidade de influência perante a coletividade, não pode ser tratada apenas como uma produtora de riqueza, mas também como um poder. Este – o poder – não traz somente direitos, mas também obrigações. Dessa forma, deve ser exigida da mesma uma proporcional – e correspondente – responsabilidade social. Neste sentido, assevera Eduardo Tomasevicius Filho:

> A função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo os interesses da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres, positivos e negativos (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 40).

O empresário possui uma relação de propriedade para com os bens de produção, bem com o estabelecimento. Sobre a relação entre função social da propriedade e empresa, Ana Frazão de Azevedo Lopes observa:

> O poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos. Portanto, a ênfase da função social desloca-se da propriedade para o poder de organização e controle que a empresa exerce sobre pessoas e sobre bens de produção (LOPES, 2006, p. 124).

Ademais, todas as sociedades empresárias são constituídas através de um contrato, com exceção das sociedades por ações. E, ainda, todas as relações entre o empresário e as pessoas ou entidades por ele afetadas ocorrem por meio de contratos.

Diante do liame contratual, bem como da relação de propriedade, ambos com normas positivadas que determinam o cumprimento de uma função social, percebe-se a inseparável ligação da empresa com o exercício de uma função social. Ademais, "se a atividade da empresa estava relacionada à utilização da propriedade e do contrato, é inequívoco que as transformações sobre estes institutos trariam reflexos diretos sobre ela própria" (FRAZÃO, 2011, p. 97).

Nesse sentido, os contratos influenciam-se uns aos outros, bem como os direitos de propriedade. Então, se toda atividade econômica organizada para obtenção de lucros parte da utilização da propriedade e de relações contratuais, pode-se afirmar que a função social da empresa decorre da função social da propriedade e da função social do contrato. É o que se extrai das ponderações de Ana Frazão de Azevedo Lopes, segundo as quais:

> Decorrência necessária do reconhecimento da função social da propriedade e da função social do contrato foi a posterior discussão sobre a função social da empresa, como instituição cuja importância só aumentara no século XIX, não só no âmbito econômico, mas também no político e no social. Com efeito, a empresa assumira o papel de célula social catalisadora de aspirações, de anseios de prosperidade; de credora e, ao mesmo tempo, devedora da comunidade, o que evidenciava a sua natureza como comunidade de trabalho e de capital. Se toda atividade da empresa partia da utilização da propriedade e do contrato, é inequívoco que as transformações sobre estes institutos teriam reflexos diretos na própria empresa. Por outro lado, a sua crescente importância fez com que uma atenção especial fosse conferida aos bens de produção (LOPES, 2006, p. 113-114).

A respeito do tema, Sérgio de Abreu Ferreira afirma que a função social da empresa "deve ser compreendida no feixe de interesses composto pela propriedade e pelos contratos (empresário, empregados e consumidores), que se entrelaçam a partir de sua razão estruturante" (FERREIRA, 2009, p. 518).

Ressalte-se que a Carta Magna de 1988, ao estabelecer a função social da propriedade, em seu artigo 5º, inciso XXIII[38], bem como no artigo 170, inciso III[39], indiretamente, definiu essa mesma função à empresa, a partir da principal razão de sua existência, que é a circulação de riqueza, nesta incluída a propriedade. Neste sentido, Eros Roberto Grau afirma:

> O princípio da função social da propriedade ganha substancialidade precisamente quando aplicado à propriedade dos bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica da propriedade de tais bens, implementada sob o compromisso com a sua destinação. A propriedade sobre a qual os efeitos do princípio são refletidos com maior grau de intensidade é justamente a propriedade, em dinamismo, dos bens de produção. Na verdade, ao nos referirmos à função social dos bens de produção em dinamismo, estamos a aludir à *função social da empresa* (GRAU, 2008, p. 238).

Dessa forma, não basta o exercício da empresa, para cumprir a função social. O empresário deve exercer suas atividades visando o bem comum, sem praticar atos lesivos à coletividade.

38 XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;
39 III - função social da propriedade;

> Portanto, o mero funcionamento da empresa e da correspondente atividade empresarial, não é suficiente para garantir que sua função social seja atingida. Em outras palavras, existem limites à liberdade econômica e de busca pelo lucro – o que é salutar, diga-se de passagem, mesmo em uma economia de mercado. O que se impõe é que a empresa concilie – no que se tem delicado convício - seus interesses particulares com interesses coletivos ou sociais constitucionalmente avalizados (TAVARES, 2013, p. 106).

A autonomia do empresário não é um completo exercício do livre arbítrio. Os atos empresariais não devem apenas evitar fins antissociais, mas, além disso, devem estar em conformidade com a razão pela qual a livre iniciativa foi garantida e reconhecida: busca da dignidade e da justiça social. Para Ana Frazão de Azevedo Lopes, "a autonomia traz em si a necessária compatibilização entre a liberdade e a igualdade a partir de um critério de justiça" (LOPES, 2006, p. 232).

Dissertando sobre o tema, Pietro Perlingieri declara:

> O exercício da empresa, atuado de acordo com o máximo de coordenação possível, isto é de programação, evitaria, *v.g.*, em termos de "segurança", comprometer a saúde dos homens, o ambiente e, em geral, o equilíbrio ecológico (tome-se, como exemplo, o tema da economia de energia e as proibições contra as poluições e as sofisticações). Mais marcada deve ser, também no intérprete, a consciência de que o crescimento econômico e o consequente bem-estar (*benessere*) quando não preservam a qualidade de vida, ou seja, a "liberdade" e a "dignidade humana", não são progresso e desenvolvimento social e constitucionalmente valoráveis, mas se traduzem, antes ou depois, em um mal-estar para todos (PERLINGIERI, 2007, p. 228).

O homem é um ser social por natureza e, por isso, a empresa, no Estado Democrático de Direito, deixa de ser vista apenas sob a perspectiva de uma atividade que busca apenas lucros. Posto isso, transforma-se em vínculo intersubjetivo, entre diversas pessoas e bens, a respeito da organização dos fatores de produção, atuando, também, com a finalidade de exercer uma função social.

O projeto de lei 1.572/2011, projeto do novo Código Comercial, acerta ao estabelecer:

> Art. 7º A empresa cumpre sua função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita.

Não se trata de uma simples busca ávida por lucros, mas sim o regular desempenho de uma atividade no interesse de todos que possam ser beneficiados ou prejudicados pela atividade empresarial. O direito individual da busca por lucros – principal escopo de toda atividade econômica – não é esquecido, eis que inerente a toda empresa. Nesse sentido:

> A função social não tem a finalidade de anular a livre iniciativa nem de inibir as inovações na órbita empresarial, mas sim de assegurar que o projeto do empresário seja compatível com o igual direito de todos os membros da sociedade de também realizarem os seus respectivos projetos de vida (FRAZÃO, 2011, p. 193).

Então, a empresa deixa de ser vista como instrumento de satisfação egoística dos sócios e administradores da sociedade empresária, e passa a ser analisada dentro de um contexto social, eis que, sob o contexto de um Estado Democrático de Direito, as atividades devem ser voltadas para a realização de valores como a liberdade e a dignidade e, por isso, não se permite que autonomia se confunda com alvedrio.

Apesar disso, não se pode esquecer a função primordial da empresa – busca por lucros – e nem que o empresário, da mesma forma que todo ser humano, é um maximizador de seus próprios interesses. Posto isso, tais características não podem ser desconsideradas, a pretexto de cumprir, unicamente, uma atividade assistencial. Logo, a função social não tira a liberdade do indivíduo de agir de acordo com os próprios interesses, mas terá deveres com a sociedade determinados pelos princípios e normas jurídicas, positivadas ou não, limitando a autonomia privada em razão do bem comum. Diante do exposto, a sociedade só poderá exigir das empresas a função social das atividades que constituem objeto dela, ou seja, ligado a sua atividade econômica exercida. Não é possível exigir, com fundamento na função social, deveres para os quais as empresas não foram criadas, porque senão só teria deveres e não direitos.

Uma sociedade empresária que não busca lucros não sobrevive, sendo certo que, se deixar de existir, causará, inevitavelmente, prejuízos para a economia, a qual, na atualidade, é interligada. Neste sentido, a empresa deve ser exercida com a observância de sua função social, que é diferente de uma função de assistência social, conforme sugere Ana Frazão de Azevedo Lopes, a partir dos seguintes dizeres: "A funcionalização dos direitos não pode violar, pois, o âmbito em que a pessoa deve atuar como ser autônomo, campos em relação ao qual não é lícito converter o indivíduo em meio para os fins sociais" (LOPES, 2006, p. 126).

Do mesmo modo, mitiga-se a liberdade de agir do empresário, mas ele ainda é livre no exercício de suas atividades – livre arbítrio que decorre da livre iniciativa – sem que o Estado interfira. Destarte, a intervenção estatal estará legitimada quando o empresário insistir em exercer seu alvedrio de modo socialmente prejudicial.

Dessa forma, a função social não destrói a liberdade do empresário e nem torna a empresa um simples meio para fins sociais, mesmo porque isso implica em ofensa à dignidade dos empresários, bem como violação à livre iniciativa. A função social não transforma uma sociedade empresária em órgão público. Sua finalidade é o de mostrar o compromisso e as responsabilidades sociais da empresa, sem deixar de lado a busca do bem social enquanto exerce atividade econômica. Neste sentido, a observação de Raquel Sztajn:

> A racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, segundo essa visão, vão ao encontro da idéia de solidariedade e geração de bem-estar coletivo (SZTAJN, 2005, p. 76).

A função social da empresa atua como um limite à livre iniciativa econômica, eis que o principal objetivo do empresário é o lucro. Ademais, na atualidade, quem possui maior capacidade de fornecer o bem-estar não é a Igreja, nem a família, muito menos o Estado, mas sim a empresa. Os empresários, cada vez mais, se interessam com a qualidade de vida de seus empregados, administradores e consumidores, bem como com toda a cadeia que é afetada por suas atividades, eis que isso será benéfico para a solidificação de sua atividade.

Tendo em vista que a Constituição da República de 1988 firmou no Brasil em Estado Democrático de Direito, com uma evidente exigência da busca de um equilíbrio entre o interesse individual e o coletivo, a função social da empresa insurge e se destaca, sobretudo a partir de suas relações com todos que podem ser por ela afetados.

Nesse sentido, após a Carta Magna de 1988, sem lugar a figura do *homo economicus* que, para Ana Frazão de Azevedo Lopes, pode ser definido como "um homem descontextualizado de sua cultura e hábitos, que age como maximizador racional e egoísta de prazer, orientando suas ações de forma estratégica e por meio de cálculos de utilidade" (LOPES, 2006, p. 302).

A respeito do *homo economicus*, Douglas Fischer entende que ele pode ser identificado como as pessoas que desafiam o Direito Penal Empresarial, os chamados delinquentes econômicos:

> [...] parece mais aceitável o modelo de *homo economicus* para a delinquência que ora se analisa, na medida em que, pela natureza da prática criminosa, exercite o cálculo utilitarista dos custos e benefícios de suas práticas em face de eventuais consequências que possa sofrer acaso descoberto e punido. (FISCHER, 2006, p. 157).

No mesmo sentido, Filipe Azevedo Rodrigues afirma: "a teoria da escolha racional ou do *homo economicus* procura entender o criminoso como maximizador de incentivos em cometer ou não o delito" (RODRIGUES, 2014, p. 204). Portanto, não se trata de condenar as escolhas racionais, mas sim as alternativas que forem utilizadas para preferir a delinquência econômica em face de eventuais consequências.

Ressalte-se que o princípio da função social da empresa impõe ao empresário o dever de exercer suas atividades em benefício da coletividade e não, meramente, de não o exercer em prejuízo de outrem. Destarte, a função social da empresa atua como forma de determinação da prática de comportamentos positivos – obrigações de fazer, portanto, e não, apenas, de não fazer – ao empresário.

Dessa forma, a função social da empresa é uma forma de compatibilizar a fruição individual da atividade econômica e o atendimento da sua função social, visando que os empresários não abusem do seu direito, no exercício da administração empresarial.

Sobre a função social da empresa, registra Eros Roberto Grau:

> A função social da empresa – que suponho já estivesse embrionariamente postulada na contribuição de Courcelle-Seneuil, na afirmação da função social do comerciante, do proprietário e do capitalista – aparece indiretamente no art. 42 da Constituição Italiana: "É livre a iniciativa econômica privada. Não pode, todavia, desenvolver-se em contraste com a utilidade social ou de modo a causar dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana. A lei determina os programas e os meios de fiscalização destinados à direção e coordenação da atividade

> econômica, pública e privada, para fins sociais". Nele resulta consagrada, em sua integralidade – o segundo inciso da disposição autorizando a imposição de limites negativos e o terceiro a imposição de limites positivos à iniciativa econômica – a função social da iniciativa econômica, portanto a função social da empresa. O princípio está também consagrado no direito positivo brasileiro. O art. 154 e o parágrafo único do art. 116 da lei 6.404/76 referem, de modo expresso, respectivamente, a função social da empresa e a função social da companhia (GRAU, 2008, p. 238).

Estabilizado o entendimento sobre a função social da empresa, cabe mencionar sobre qual o critério que deva ser utilizado para conciliar esse dever com o aspecto individual inerente às atividades econômicas. Para Ana Frazão de Azevedo Lopes, para essa necessária harmonização deve-se atentar para "a proporcionalidade e a ponderação entre os diferentes valores em conflito" (LOPES, 2006, p. 147).

Diante disso, pode-se afirmar que se trata da busca pelo interesse público de forma menos onerosa para o empresário. Então, as atividades econômicas devem visar benefícios para a coletividade, observados critérios razoáveis de proporcionalidade e ponderação, sendo certo que a busca pelo lucro – durante o exercício de atividade econômica – é perfeitamente conciliável com a imposição do exercício da função social. Neste sentido:

> Os direitos individuais, atribuídos a cada cidadão, devem coexistir com os interesses/deveres superiores do Estado inscritos no texto constitucional e que, em tese, deve coincidir com os interesses coletivos. Podem e devem os direitos particulares ter vida e serem exercitados ao lado dos interesses gerais, procurando com estes não entrar em conflito (LEAL, 1998, p. 118).

Portanto, desdobramento lógico da função social da empresa é a:

> necessidade de que a atividade empresarial concretize e tutele os interesses constitucionalmente protegidos, com a consequente vedação ao abuso da livre iniciativa empresarial, que se projeta igualmente sobre o poder de controle e os poderes de administração (FRAZÃO, 2011, p. 225).

Assim, salta aos olhos a ideia de que as atividades empresariais têm que servir como instrumento para a efetivação de um desejo coletivo. No contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro, interessa que o empresário atue sem causar prejuízos à coletividade e, ainda, contribuindo para a dignidade de todos.

4. Responsabilidade social

A responsabilidade social decorre da função social e seguindo o entendimento de que a função social somente está ligada ao objeto da empresa, surge o termo responsabilidade social. Neste sentido, Alexandre Husni assevera que:

> Do cumprimento ativo da função social decorre a ideia de empresa socialmente responsável, que contribui para com a justiça social no campo das exclusões e o desenvolvimento sustentável de forma plena e espontânea, sem imposição legal. (HUSNI, 2007, p. 63).

Sobre o conceito de responsabilidade social, Eduardo Tomasevicius Filho ensina que:

> A responsabilidade social das empresas consiste na integração voluntária de preocupações sociais e ambientais por parte das empresas nas suas operações e na interação com a comunidade. Além disso, seria uma forma de levar outras instituições a colaborar com o Estado na busca da justiça social, ao invés de ficar esperando que o estado tome providências nessas áreas (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 46).

A responsabilidade social não é um compromisso exclusivo dos empresários, conforme se extrai das ponderações de Lilian S. Outtes Wanderley e Jane Collier, sobre o conceito de responsabilidade social empresarial, segundo as quais: “É o compromisso das empresas em contribuir para o desenvolvimento sustentável, juntamente com os empregados, suas famílias, a comunidade local e a sociedade como um todo, visando a melhoria da qualidade de vida” (WANDERLEY; COLLIER, 2000, p. 46).

É inegável que as variações nas condições econômicas dos empresários geram reflexos na comunidade onde estão inseridos. Além disso, dependendo do porte de uma sociedade empresária, a oscilação de suas condições

financeiras pode influenciar no mercado de outras localidades, até mesmo em território estrangeiro, tendo em vista que a economia atual é globalizada e interligada.

Qualquer dano sofrido pelo empresário, em maior ou menor proporção, gera reflexos sociais e, por isso, todo empresário possui uma relevante responsabilidade social, eis que suas decisões influenciam a vida de um número indeterminado de pessoas.

O exercício da responsabilidade social consiste, especificamente, na decisão do empresário em contribuir, voluntariamente, para o desenvolvimento econômico sustentável. O empresário voluntariamente decide contribuir com objetos distintos de seu âmbito de atividades para fazer uma sociedade mais justa, contribuindo para o desenvolvimento social e ambiental do país.

Dessa forma, desempenhar a responsabilidade social consiste no exercício da autonomia privada dos sócios em contribuir, voluntariamente, para o desenvolvimento econômico sustentável da sociedade.

A responsabilidade social empresarial torna-se cada dia mais necessária, eis que a vontade do ser humano é ilimitada, os recursos são escassos e o Estado optou por um raio mínimo de atuação, transferindo, destarte, para o âmbito privado, parte considerável da competência regulatória que lhe pertenceu. O Estado, incapaz de cumprir com todos os seus deveres perante a sociedade, é ajudado pelo empresário o qual, como maximizador de seus próprios interesses, buscará algum benefício econômico com esses atos. Ademais, o aumento desenfreado da busca por lucros pelo empresário, à custa de prejuízos sociais, ocasiona danos de difícil restauração pelo Estado.

O empresário somente exercerá responsabilidade social, contribuindo para o desenvolvimento social e ambiental do país, caso consiga obter benefícios com esses atos. Afinal, da mesma forma que todo ser humano, ele é um maximizador dos próprios interesses e somente agirá de certa maneira se tiver incentivos para isso. Neste sentido, as palavras de Stephen J. Dubner e Steven David Levitt: “os incentivos são a pedra de toque da vida moderna” (DUBNER; LEVITT, 2005, p. 15).

A partir desses atos, as empresas ainda conseguem obter benefícios fiscais, ou seja, ao invés de pagar os impostos, elas investem na comunidade o capital que seria do Estado. Entretanto, esse direcionamento dos tributos não pode ser considerado como responsabilidade social, porque a empresa está investindo na sociedade um dinheiro que não é dela, e sim do Estado.

Sendo assim, a responsabilidade social e a função social da empresa possuem íntima ligação com a ideia de desenvolvimento sustentável.

5. As sociedades transnacionais e sua função social

Para se chegar ao conceito de empresa transnacional, é preciso antes conceituar as empresas nacionais e estrangeiras.

As sociedades nacionais estão previstas nos arts. 1.126 a 1.133 do Código Civil e as sociedades estrangeiras nos art. 1.134 a 1.141 do mesmo diploma legal.

O fato de chamar de nacional ou estrangeira a sociedade não significa que está atribuindo uma nacionalidade à pessoa jurídica, mas é somente para diferenciar as leis aplicáveis. Até mesmo porque a Constituição, ao tratar da nacionalidade, vinculou-a exclusivamente às pessoas naturais e nada dispôs sobre as pessoas jurídicas. Como observa Alfredo de Assis Gonçalves Neto:

> O fato de a lei ordinária chamar de nacional a sociedade que aqui se constitui e que aqui tem a sua sede administrativa para distingui-la da outra, a que se denomina de estrangeira, não significa que esteja atribuindo uma nacionalidade, na acepção da palavra, a esta ou àquela; apenas adota esta nomenclatura para definir as diferenças do regime jurídico aplicável a cada qual (GONÇALVES NETO, 2016, p. 611).

A sociedade é nacional se organizada de conformidade com a lei brasileira e tem no Brasil a sede de sua administração (art.1126 do Código Civil). A sociedade é estrangeira se faltar qualquer desses elementos e precisa ainda de autorização para funcionar no Brasil.

O conceito de sociedade transnacional não está previsto na legislação brasileira e cada doutrinador analisa de forma diversa como observa Dalmo de Abreu Dallari:

> Há inúmeros pontos que são comuns, há inúmeros dados que comparecem nas várias conceituações, notando-se, porém, que há uma imprecisão inclusive quanto à denominação "multinacional". E o que se pode fixar como dado comum é que a empresa é multinacional quando opera em dois ou mais estados, conjugando fatores de produção (DALLARI, 1974, p. 693).

Pelo exposto, é transnacional a sociedade que exerça suas atividades econômicas em mais de um país, independentemente de ser nacional ou estrangeira a sociedade.

A sociedade transnacional poderá se organizar de conformidade com a lei brasileira e ter, no Brasil, a sede de sua administração ou não, caindo no conceito de sociedade estrangeira.

A função social das sociedades nacionais, estrangeiras e transnacionais está muito ligada ao dever das sociedades exercerem suas atividades visando o bem comum, sem praticar atos lesivos à coletividade.

Normalmente, as sociedades transnacionais são grandes empresas o que possibilitam exercerem uma maior função social, com maior reflexo na comunidade, além de possuírem uma tecnologia mais avançada e poderem ensinar ela para os países em que se encontram.

Além da tecnologia, as transnacionais ou multinacionais podem transferir *know-how*, logística, conhecimento adquirido nos diversos países, proporcionando uma melhora para as comunidades em elas atuam.

Não devem os países em que atuam as sociedades multinacionais tratarem as mesmas de forma a exigir um comportamento mais benéfico para a população do que é exigido para as demais sociedades, porque desestimularia a ida de tais empresas para aquele país, além de tornar sua atividade mais cara porque tem um ônus maior.

Outra coisa que favorece as sociedades transnacionais a exercerem uma maior função social é o fato de, por serem a maioria de países estrangeiros, gerarem maior desconfiança da população e para agradar a população elas fazem campanhas que beneficiam a comunidade.

Conforme apresentado, as sociedades transnacionais normalmente exercem uma maior função social que as sociedades nacionais.

6. Conclusão

O artigo teve por objetivo analisar a função social das sociedades transnacionais, que é um agir para melhorar a população.

A preocupação foi demonstrar que nem todas as empresas exercem uma função social. Que somente pagar impostos, gerar empregos, não é função social e sim uma obrigação prevista na legislação ou consequência para o desenvolvimento da atividade econômica.

O conteúdo da função social não se esgota na Constituição e em leis ordinárias. Quando não estão positivadas, terá que verificar o caso concreto para se ter certeza que as decisões da empresa foram corretas para a atividade econômica e para a comunidade.

A função social é uma preocupação com o próximo, uma limitação a autonomia privada, uma maneira de fazer com que a população viva de forma mais digna.

E as sociedades transnacionais estão inseridas nessa função de trazer benefícios para as pessoas. Não se pode afirmar que elas exercem uma maior função social, mas por serem, normalmente, grandes empresas tem a possibilidade de gerar um maior ganho para a comunidade.

É inegável a submissão da empresa ao princípio da função social, para adequá-la à exigência contemporânea, que reforça a moral e a justiça. Mas, a função social não pode predominar sobre os direitos e interesses individuais. Cabendo apenas conciliar os interesses da empresa com o da população.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito Civil:** introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. **Projeto de Lei 1572/2011**. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C88F88570ED3251E73797873555D9386.proposicoesWeb2?codteor=888462&filename=PL+1572/2011>. Acesso em: 18 maio de 2016

CÁMERE, Edistio. **Funcion Social de las empresas**. Disponível em: <http://patiodeideas.wordpress.com/2012/11/03/funcion-social-de-las-empresas/>. Acesso em: 20 maio de 2016.

COMPARATO, Fabio Konder. **Estado, Empresa e Função Social**. Revista dos Tribunais n. 732. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro de 1996, p. 38-46.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Empresas Multinacionais e Soberania. **Revista Legislação do Trabalho,** v. 38, São Paulo: LTr, 1974, p. 691-698.

DUBNER, Stephen J.; LEVITT, Steven David. **Freakonomics:** o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta: as revelações de um economista original e politicamente incorreto. 12 ed. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FERREIRA, Sérgio de Abreu. O princípio da autonomia privada e a função social da empresa. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Direito Civil:** Atualidades III. Princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 495-524.

FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e Estado Social e Democrático de Direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

FRAZÃO, Ana. **Função Social da Empresa:** repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa:** comentários aos artigos 966 a 1195 do Código Civil. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

HUSNI, Alexandre. **Empresa socialmente responsável:** uma abordagem jurídica e multidiciplinar. São Paulo: QuartierLatin, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil:** aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e Propriedade –** função social e abuso de poder econômico. São Paulo: QuartierLatin, 2006.

MICHAELIS. **Dicionário da língua portuguesa.** São Paulo: Melhoramentos, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional da empresa**. São Paulo: Método, 2013.

RODRIGUES, Filipe Azevedo. **Análise Econômica da Expansão do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito e Economia:** Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-83.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. **Revista dos Tribunais n. 92.** São Paulo: Revista dos Tribunais, abril de 2003, p. 33-50.

WANDERLEY, Lilian S. Outtes; COLLIER, Jane. Responsabilidade social das empresas: na busca do referencial teórico. **Revista Angrad**. Rio de Janeiro, vol. 1, n. 2, out-dez, 2000, p. 40-51.

COMPLEMENTARIEDADE DE JURISDIÇÃO E PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DA CIDADANIA: o caso Pfizer *vs*. Abdullahi

INTERNATIONAL JURISDICTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS UNDER THE PERPECTIVE OF THE TRIDIMENSIONAL THEORY OF CITIZENSHIP: Pfizer vs. Abdullahi case

Ana Carolina Souza Fernandes[40]
Vladmir Oliveira da Silveira[41]

RESUMO
Dentro de uma perspectiva voltada à análise da tutela dos direitos humanos a partir de práticas das empresas transnacionais, o presente artigo tem como objetivo analisar a importância do desenvolvimento do direito internacional, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, e das relações internacionais entre Estados, a partir do momento em que se afasta da ideia de soberania absoluta dos Estados para primar o censo de solidariedade como resultado do florescimento do Estado Constitucional Cooperativo. Ao elevar os direitos fundamentais a uma categoria universal, há uma espécie de mudança de paradigma no entendimento de que a proteção a tais direitos é uma questão que merece

40 Mestre em Direito com Ênfase em Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Pós-graduada em Direito dos Contratos e Direito Societário (L.LM) pelo Insper – Instituição de Ensino e Pesquisa. Pós-graduada em Direito Civil pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Bacharel em Direito pela FADISP. Advogada.

41 Pós-Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor de Direito Internacional na PUC/SP. Coordenador do Mestrado e Diretor do Centro de Pesquisa em Direito da UNINOVE, onde também é Professor de Direitos Humanos. Foi presidente do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI (2009-2013). Advogado.

apreço internacional e desconhece, assim, barreiras jurisdicionais nacionais. É o que ocorreu, por exemplo, no caso Pfizer *vs.* Abdullahi durante uma epidemia de meningite bacteriana. Assim, por meio de recursos bibliográficos e utilizando-se do critério metodológico dedutivo, é que se pretende desenvolver as bases deste artigo.

Palavras-chave: Soberania Estatal; Estado Constitucional Cooperativo; Desnacionalização; Empresas Transnacionais; *Forum non conveniens***.**

ABSTRACT
Within a perspective focused to the analysis of the protection of human rights from transnational corporations practices, this article aims to analyze the importance of the development of international law, especially after the Second World War, and international relations between States, from the moment that the idea of absolute sovereignty of States excel the solidarity census as a result of the flourishing of the Cooperative Constitutional State. By raising fundamental rights to a universal category, there is a kind of paradigm shift in the understanding that the protection of such rights is an issue that deserves international appreciation and ignores, therefore, national jurisdictional barriers. This is what occurred, for example, in the case Pfizer *vs.* Abdullahi during an epidemic of bacterial meningitis. Thus, through literature researches and using deductive methodological criteria, is intended to develop the basis of this article.

Keywords: State Sovereignty; Cooperative Constitutional State; Denationalization; Transnational Corporations; *Forum non conveniens***.**

SUMÁRIO: Introdução. 1. Globalização e Tutela Tridimensional da Cidadania. 2. A Soberania Compartilhada e as Organizações Internacionais no Contexto do Direito Internacional. 3. A Proteção dos Direitos Humanos no Estado Constitucional Cooperativo. 3.1. O Instituto do *Forum Non Conveniens***.** 3.2. Ausência de Barreiras Jurisdicionais a partir da Análise do Caso Pfizer vs. Abdullahi. Conclusão. Referências.

Introdução

O século XXI pode ser considerado, sob muitos aspectos, como um século de ruptura de muitos paradigmas outrora considerados absolutos. No campo econômico, a globalização no Pós-Segunda Guerra Mundial permitiu a expansão dos mercados e com o rompimento de barreiras geográficas

surgiram as denominadas empresas transnacionais. O indivíduo, de uma maneira geral, que estava adstrito ao seu próprio mercado interno passou a ter acesso a diversos tipos de bens de consumo e prestação de serviços estrangeiros, bem como acesso aos avanços tecnológicos.

No campo político-administrativo, a teoria do Estado-Nação de Jean Bodin como expressão da *suprema potestas* ou da *souveraineté*, representando o poder máximo da República, cede espaço para uma forma de soberania estatal compartilhada. O Estado não é um fim em si mesmo, senão um instrumento de realização de objetivos domésticos, regionais e internacionais, a partir da consolidação do direito internacional, notadamente dos direitos humanos. A soberania estatal deixa de ser concebida como una e indivisível, concorrendo, por assim dizer, com outros sujeitos de direito internacional público (como, por exemplo, organizações internacionais), o que nos leva às inovações no campo do direito.

Após a substituição da Liga das Nações pela Organização das Nações Unidas ("ONU") no Pós-Segunda Guerra Mundial e, principalmente após o fim da Guerra Fria, o mundo perdeu a dualidade política a partir da dissolução da União Soviética. Se por um lado este fato deu vazão à possibilidade de um maior diálogo entre a sociedade internacional sobre temas relevantes (como, por exemplo, proteção dos direitos humanos); por outro, contestou o conceito de soberania estatal, com vistas a propor um modelo cuja solidariedade entre os Estados se sobrepusesse aos interesses individuais dos mesmos. É o modelo de Estado proposto por Peter Häberle e que se convencionar chamar de Estado Constitucional Cooperativo.

Porém, é no campo das relações internacionais que o Estado Constitucional Cooperativo pode ser mais bem compreendido, ou, por outra, que encontra sua real identidade, porquanto a partir das relações entre os Estados é que se permite construir um arcabouço protetivo – doméstico, regional e internacional – de cooperação e integração internacionais. Para a existência de um Estado Constitucional Cooperativo é preciso que tais relações resultem, ao menos, na tentativa de solucionar problemas globais, notadamente em se tratando de direitos humanos.

A esse respeito, inclusive, no momento em que se erigiram os direitos fundamentais a uma categoria pretensamente universal, há uma espécie de mudança de paradigma no entendimento de que a proteção a tais direitos é uma questão que merece apreço internacional e desconhece, assim, barreiras jurisdicionais nacionais. É o que ocorreu, por exemplo, no caso Pfizer *vs.* Abdullahi durante uma epidemia de meningite bacteriana, cerne do presente artigo. Esta questão, enfrentada na Corte de Nova Iorque, pode ser considerada como o primeiro julgado de extrema relevância internacional

porquanto conferiu discussão, ainda que indiretamente, à luz do direito internacional, sobre temáticas como a tridimensionalidade da cidadania e o instituto do *forum non conveniens*.

Assim, o que se indaga no presente artigo, a partir da análise do caso em comento, é: seriam estes fatos, ou seja, uma narrativa inicial para a análise da cidadania sob uma perspectiva tridimensional e o afastamento do *forum non conveniens* sob o argumento de que a proteção dos direitos humanos merece proteção jurisdicional internacional, regional ou universal, considerados um efetivo passo à consolidação dos fundamentos do Estado Constitucional Cooperativo?

Por meio de recursos bibliográficos e utilizando-se do critério metodológico dedutivo, é que se pretende desenvolver as bases deste artigo, para fins de responder às problemáticas propostas.

1. Globalização e tutela tridimensional da cidadania

A globalização é, na maioria das abordagens doutrinárias, vista como algo maléfico, porquanto o maior enfoque dado ao assunto é o econômico. Exploram-se as consequências financeiras, econômicas e comerciais advindas da abertura dos mercados e a transposição de barreiras sem contrabalancear as infinitas possibilidades que emergiram deste fenômeno. Seria um equívoco entender que a globalização está restrita apenas aos campos econômico e financeiro, muito embora sejam suas fontes originárias. A abertura decorrente desse fenômeno possibilitou também uma maior integração social, cultural e ambiental (FERNANDES, 2014, p. 40)[42].

A globalização não é apenas mais uma coisa que "anda por aí", remota e afastada do indivíduo. É também um fenômeno "interior", que influencia aspectos íntimos e pessoais de nossas vidas. Por exemplo: o debate que decorre em muitos países acerca dos valores da família parece ter pouco a ver com as influências da globalização. Mas tem. Os sistemas tradicionais da família estão a transformar-se, ou estão sujeitos a grandes tensões, em diversas partes do mundo, em especial sempre que as mulheres exigem maior igualdade de direitos. [...]. Trata-se de uma revolução global na vida corrente, cujas consequências se estão a fazer sentir em todo o mundo, em todos os domínios, do local de trabalho à política (GIDDENS, s/a, p. 23-24).

42 Para um maior aprofundamento do assunto globalização e suas diferentes vertentes, ver: FERNANDES, Ana Carolina Souza. *O Mercado Financeiro e a Globalização: Uma Análise sob a Perspectiva da Efetividade do Direito ao Desenvolvimento*. São Paulo, 2014. 221f. Dissertação (Mestrado em Direito com Ênfase em Relações Econômicas Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, pp. 18-45.

Na mesma esteira segue a questão ambiental. A Revolução Industrial e a globalização trouxeram um problema ambiental global: o meio ambiente foi se tornando cada vez mais pobre, perdendo sua estabilidade e afetando o meio ambiente vizinho (FERNANDES, 2014, p. 41), fazendo com que Estados-Nações em conjunto com organizações internacionais passassem a deliberar sobre um tema de vital importância para a humanidade por meio de um *corpus juris* próprio.

Todavia, para fins do presente artigo, abordaremos a questão da globalização sob outra perspectiva: a institucional, ou seja, a consequência da globalização em se tratando da difusão de uma nova ideia de relação entre o Estado-Nação e o indivíduo que dele faz parte, dentro da nova teoria da democracia.

O Estado-Nação, também conhecido como Estado Nacional, representa a teoria clássica do Estado, inicialmente formulado por Jean Bodin, que tem como intuito individualizar cada grupo com uma cultura, língua própria, costumes [...], na qual se estabeleceu a ideia de que a pertença do indivíduo a tal estrutura lhe confere segurança, aceitação e referência civilizacional (SILVEIRA; RIPARI, 2009, p. 23). Em resumo, o Estado-Nação é aquele que, debruçado sob o pilar da soberania, influi sua jurisdição dentro de um território delimitado e um povo específico, normalmente ligado pelo sangue (*ius sanguinis*).

Diante do impacto da globalização, entretanto, o Estado-Nação revela-se uma instituição política "passageira", como foram a polis e o feudo. O modelo forjado da *Pax de Westfallia* não é eterno e está intimamente correlacionado a certos fatores econômicos, sociais e culturais que o processo de globalização vem atingindo em profundidade (SARMENTO, *on-line*, p. 19).

Ainda que controversa, a globalização é um processo irreversível, como se pudesse ser considerado um "direito adquirido", na medida em que proporcionou uma integração tal que não se trata somente de aberturas financeiras ou comerciais, mas de um intercâmbio internacional cultural, de informações e de valores, impactando em como a própria cidadania é vista no século XXI. Isso porque, refrisa-se, o indivíduo sempre foi enquadrado em um Estado sob o comando de um conjunto de regras e princípios – Estado de Direito, na qual todos são iguais perante à Constituição – válido tão somente dentro desta comunidade.

De fato, a ideia de que a cidadania está vinculada a questões territoriais ou sanguíneas não se sustenta mais em decorrência da substituição da teoria clássica do Estado pela teoria da democracia, cuja característica mais marcante tem o indivíduo – e não a soberania – como força motriz. A partir do protagonismo das organizações internacionais, notadamente da ONU – cuja visão mais pragmática lhe possibilitou ficar alheia às ideologias políticas dominantes –, após os horrores e violências acometidas na Segunda

Guerra Mundial aos seres humanos, passou-se a entender que o Estado só se justifica se estiver a serviço da dignidade da pessoa humana (MALISKA, *on-line*:7023). É possível discorrer, ainda neste sentido, que a ampliação do conceito de cidadania decorre da dinamogenesis dos direitos humanos e da compatibilização de valores que colocam a dignidade da pessoa humana[43] num novo patamar, mais complexo (CAMPELO; SILVEIRA, 2011:87).

O processo de dinamogenesis dos direitos humanos teve início a partir da famosa tríade da Revolução Francesa (Liberdade, Igualdade e Fraternidade), em especial, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1798) e se concretizou com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), ensejando a promulgação de diversos tratados internacionais com o fito de proteger direitos básicos do indivíduo, na qual, dentre os mais significativos, podemos citar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos de 1966.

A cidadania, como se verifica, não é um conceito estático e passa por diversas transformações conceituais ao longo do tempo, como resultado do progresso da humanidade. Se outrora a cidadania estava restrita à relação entre súdito e soberano e era limitada[44], nos dias atuais, ela deve ser compreendida da forma mais abrangente possível, sob uma perspectiva difusa e universal, efetivando, por consequência, a ideia de solidariedade. Ou, por outra, a cidadania é um direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos humanos não é um dado. É um construído na convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso que permite a construção de um mundo através do processo de asserção dos direitos humanos (ARENDT, 1993, p. 299-302).

A globalização e a crescente atuação das organizações internacionais no contexto do direito internacional tornaram o indivíduo um "cidadão do mundo", titular de diversas cidadanias, no sentido deles – os indivíduos – deixaram de ser entendidos como peça de uma relação de dependência do Estado a que pertence para se adequar à nova realidade mundial. E essa nova realidade é bem explicada por Bob Jessop, ao tratar do papel do Estado-Nação na Europa Ocidental: Em primeiro lugar, a desnacionalização do Estado, um certo esvaziamento do aparelho do Estado nacional que decorre do fato de as velhas e novas capacidades do Estado estarem a ser organizadas, tanto

43 Na tentativa de melhor enquadrar o que vem a ser dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet leciona que: "[...] 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 garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos" (SARLET, 2001:60).

44 Certos membros da sociedade, por exemplo, não eram considerados cidadãos no Estado absolutista, tais como estrangeiros, mulheres, crianças etc.

territorial como funcionalmente, aos níveis subnacional e supranacional. Em segundo lugar, a desestatização dos regimes políticos refletida na transição do conceito de governo (*government*) para a governação (*governance*), ou seja, de um modelo de regulação social e econômica assente no papel central do Estado para um outro assente em parcerias e outras formas de associação entre organizações governamentais, para-governamentais e não governamentais, nas quais o aparelho do Estado tem apenas tarefas de coordenação enquanto *primus inter* partes. E, finalmente, uma tendência para internacionalização do Estado nacional expressa no aumento do impacto estratégico do contexto internacional na atuação do Estado, o que pode envolver a expansão do campo de ação do Estado nacional sempre que for necessário adequar às condições internas às exigências extraterritoriais ou transnacionais (JESSOP, 1995:9).

Fica evidente que à época dessas considerações, a Europa estava completamente envolvida em seu processo de integração que, posteriormente, culminou na formação da atual União Europeia. Todavia, suas ponderações não deixam de ser contemporâneas.

Isso porque ao tratar da desnacionalização do Estado, o autor deixa claro que é resultado de uma nova forma de organização institucional que culminou na chamada soberania compartilhada. Além disso, ao defender a desestatização dos regimes políticos, o autor aponta para um aprofundamento das relações de solidariedade e cooperação – elementos inerentes do Estado Constitucional Cooperativo – entre os diversos entes do direito internacional para fins de melhor proteção dos direitos humanos.

E, por fim, porque ao se referir à internacionalização do Estado Nacional consolida a chamada cidadania tridimensional, porquanto não se pode mais admitir que os direitos humanos se circunscrevam tão somente aos nacionais de um determinado Estado, ainda mais sendo ele o principal, senão o maior, violador dos direitos humanos, incapaz, portanto, de preservar a dignidade de seus próprios cidadãos. Só poderemos enfrentar de modo razoável os desafios da globalização se conseguirmos desenvolver na sociedade novas formas de auto condução democrática dentro da constelação pós-nacional (HABERMAS, 2001, p. 112)

Assim, a cidadania pode ser compreendida da seguinte forma: os brasileiros têm seus direitos fundamentais protegidos pelo Estado brasileiro. Os cidadãos americanos ou os europeus têm seus direitos protegidos na esfera internacional-regional pela OEA e pelo Conselho da Europa, respectivamente. E, finalmente, no patamar internacional-universal o ser humano é

protegido pela ONU (SILVEIRA; RIPARI, 2009, p. 27). Depreende-se, pois, que a partir da nova teoria da democracia, a cidadania é observada sob uma ótica tridimensional, melhor representada na ilustração abaixo:

TIPO DE CIDADANIA	TUTELA DA CIDADANIA	TIPOS DE DIREITOS	SUJEITOS
Cidadania Estatal	Estado-Nação	Direitos Fundamentais	Brasileiros
Cidadania Regional	Organização dos Estados Americanos União Africana Conselho da Europa	Direitos Humanos Regionais	Americano Africano Europeu
Cidadania Universal	Organização das Nações Unidas	Direitos Humanos Globais	Ser Humano

Vale fazer, entretanto, uma ponderação. A teoria da tridimensionalidade da cidadania não substitui à "cidadania estatal", senão a complementa, ou seja, propicia que o indivíduo que tem um direito seu violado, parcial ou integralmente, e não "restituído" no âmbito doméstico, possa recorrer aos órgãos regionais e/ou internacionais para recompor seu *status quo*.

2. A soberania compartilhada e as organizações internacionais no contexto do direito internacional

A teoria tridimensional da cidadania ganha força e mais adeptos a cada dia. E a razão de ser deste fato tem intrínseca relação com o surgimento de novos atores do direito internacional, a saber: (i) a difusão de organizações internacionais, regionais e universais, voltadas à defesa e proteção dos direitos humanos e (ii) a alteração da estrutura político-institucional do Estado, a partir do momento em que abre mão, ainda que parcialmente, da *suprema potestas* para a consecução de objetivos de cooperação e integração internacionais, cujos alguns dos exemplos mais notórios atualmente são, em maior ou menor grau, a União Europeia e o Mercosul. Sobre esses dois aspectos que este item versará.

Já argumentou-se outrora que a substituição da Liga das Nações pela ONU foi um ponto de inflexão no que concerne ao direito internacional. Se antes, o Estado-Nação estava jungido a certos aspectos, tais como, a soberania, a proteção e o isolamento, a partir de 1948, valores como integração, desenvolvimento, cooperação e intercâmbio passaram a ser a ordem do dia.

A Segunda Guerra Mundial trouxe à tona o lado mais perverso do ser humano e, diante dos horrores perpetrados, os direitos humanos tornaram-se a principal bandeira do direito internacional, consolidando o chamado direito internacional dos direitos humanos. A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e horrores cometidos durante o nazismo (PIOVESAN, 2006, p. 116).

Como reflexo, as organizações internacionais, tanto no âmbito internacional quanto no âmbito regional, e ao longo desses anos, criaram um conjunto normativo de proteção de direitos que a sociedade internacional passou considerar inerentes e indispensáveis ao indivíduo, enquanto "cidadão do mundo", para consecução do princípio da dignidade da pessoa humana. Neste desiderato, passamos a verificar o impacto desses normativos no âmbito interno do Estado, na qual se começa a observar uma mudança de entendimento sobre a extensão de sua própria soberania, delimitando-a. Vide, por exemplo, o caso da Constituição Federal brasileira de 1988, após o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 2004. Muito embora já se reconheciam direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais que o Brasil fizesse parte, tais direitos e garantias, todavia, que versassem sobre direitos humanos, desde que observadas às regras de internalização, adentram como emenda constitucional no ordenamento jurídico pátrio (artigo 5°, §§ 2° e 3°[45]), ou seja, portando a mesma hierarquia dos direitos fundamentais proclamados na Carta Magna.

Isso porque, refrisa-se, a soberania, diante do novo contexto internacional e da perspectiva tridimensional da cidadania, deve ter como elemento central o ser humano e a defesa de sua dignidade. Ou por outra, a soberania não deve ser entendida como um poder do Estado, mas como a atuação dos poderes internos dos Estados caminhando em direção à concretização dos direitos do homem.

Neste aspecto, é possível inferir que o sistema europeu de direitos humanos avança em passos mais largos que o sistema protetivo interamericano ou até mesmo o africano. Desde 1959, o Conselho da Europa conta com a Corte Europeia de Direitos Humanos, na qual permite que ambos, indivíduos

45 Assim dispõe referidos parágrafos, *in verbis:*
"§ 2º 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.
§ 3º 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".

ou Estados-membros, se socorram em casos de violação não só de direitos políticos e civis, mas de direitos humanos como um todo, baseado no constante na Convenção Europeia sobre Direitos Humanos[46].

Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, responsável pela aplicação e interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos[47], não obstante a sua competência contenciosa, só lhe é atribuída jurisdição caso o Estado reconheça sua competência, nos termos do artigo 45[48]. Adicionalmente, há outras condicionantes, inexistentes na Corte Europeia de Direitos Humanos, para o acesso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, tais como: (i) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; (ii) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; (iii) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e (iv) que a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição (artigo 46)[49].

Em se tratando do sistema africano, o Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos é o responsável pela efetivação do disposto na Carta Africana dos Direitos e dos Povos, bem como de outros documentos internacionais firmados no âmbito dos direitos humanos. Todavia, sua expressão é ínfima se levarmos em consideração que até os dias atuais apenas um caso foi levado à sua apreciação (Caso *Michelot Yogogombaye vs*. Senegal), tendo o Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos se considerado incompetente para julgar a matéria.

---

46 Vale dizer que o nome oficial é Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

47 Também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, vigente no ordenamento jurídico por meio da promulgação do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

48 Assim dispõe referido artigo, *in verbis:*

"1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue haver outro Estado Parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção.

2. As comunicações feitas em virtude deste artigo só podem ser admitidas e examinadas se forem apresentadas por um Estado Parte que haja feito uma declaração pela qual reconheça a referida competência da Comissão. A Comissão não admitirá nenhuma comunicação contra um Estado Parte que não haja feito tal declaração.

3. As declarações sobre reconhecimento de competência podem ser feitas para que esta vigore por tempo indefinido, por período determinado ou para casos específicos.

4. As declarações serão depositadas na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, a qual encaminhará cópia das mesmas aos Estados membros da referida Organização".

49 Fato é que o Estado brasileiro é e foi parte em alguns julgados – diga-se de passagem, com decisões desfavoráveis – ele ainda é negligente e ineficiente no cumprimento das decisões, demonstrando que, na maioria das vezes, o Estado é o maior violador dos direitos humanos.

Com relação ao segundo tema a ser aqui abordado, isto é, a alteração da estrutura político-institucional do Estado, é possível inferir que o Pós-Segunda Guerra Mundial traumatizou a população mundial, principalmente a europeia, que não só aniquilou uma quantidade inimaginável de vidas, como devastou suas terras. Era preciso, pois, uma ação conjunta dos países do continente europeu para se reerguer e seguir adiante. A cooperação era imprescindível por questão de sobrevivência. A despeito de todo um processo de integração, que envolve questões além de abertura de fronteiras, afastamento de barreiras comerciais e adoção de moeda única, a União Europeia emerge a partir de um sentimento de respeito à dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, neste desiderato, se sobrepôs aos fortes argumentos nacionalistas de que a união dos países europeus seria uma afronta à soberania inerente do Estado Nacional. Ora, o Estado só por ser Estado já tem como elemento constitutivo a soberania. A União Europeia, neste sentido, propôs uma espécie de compartilhamento da soberania, com eventual diminuição de competências internas para órgãos supranacionais (como, por exemplo, o Parlamento Europeu) para que se possam alcançar os valores constantes no Tratado de Lisboa.

Assim, um Estado-membro jamais perderá sua "soberania decisória", isto é, não está vinculado *ad eternum* ao bloco supranacional[50], o que pode ser claramente exemplificado com o referendo ocorrido no Reino Unido, em 23 de junho de 2016, que decidiu sobre sua saída da União Europeia (procedimento também conhecido por sua abreviação em inglês: Brexit). Não cabe aqui perquirir as vantagens e consequências de uma eventual saída, mas é a maior demonstração de soberania popular em detrimento da soberania estatal.

É importante consignar que a soberania de um Estado, dentro da perspectiva da teoria da democracia e da cidadania tridimensional, deve ser utilizada em benefício do indivíduo e não como forma de demonstração de poder. Isso porque, no plano internacional, diferentemente do plano doméstico, há uma relação de horizontalidade, coordenação e igualdade[51] entre os Estados e não de verticalidade e subordinação. Sem este reconhecimento, seria quase impossível almejar uma convivência pacífica entre Estados.

50 A esse respeito, o artigo 50, item 1, do Tratado de Lisboa dispõe que "qualquer Estado-membro pode decidir, em conformidade com as respectivas normas constitucionais, retirar-se da União", por meio de uma notificação ao Conselho Europeu. Por outro lado, o item 5 deste mesmo artigo preconiza que é possível o retorno deste Estado-membro à União Europeia, aplicar-se-á o procedimento disposto no artigo 49.

51 A este respeito, a Carta da Organização das Nações Unidas é explícita ao informar que seu próprio propósito, dentre outros, é "desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz mundial" (artigo 1, item 2).

3. A Proteção dos direitos humanos no Estado Constitucional Cooperativo

Antes de adentrarmos na análise da problemática proposta, faz-se necessário tecer algumas breves considerações sobre o que vem a ser Estado Constitucional Cooperativo para, posteriormente, discorrer sobre como esse modelo de Estado propiciou – e ainda propicia – uma melhor proteção dos direitos humanos do que o modelo outrora vigente. Como pressuposto inicial, vale lembrar o já exposto ao longo deste artigo de que o Estado-Nação se enfraquece à medida que não podem mais controlar as dinâmicas que extrapolam seus limites territoriais (VIEIRA, 2005, p. 105).

Com o advento da ONU há uma espécie de esperança de efetiva cooperação da sociedade internacional. Paralelamente, há a superação do Estado-Nação para o Estado Constitucional Cooperativo, que pode ser evidenciado em muitas constituições, inclusive a brasileira, a partir da leitura, por exemplo, do artigo 4° e seu parágrafo único[52], a despeito de alguns outros. Assim, a ordem internacional influenciaria de forma direta a soberania do Estado Nacional, o qual, por essa influência, deixa de ser soberano, nos moldes clássicos, para ser cooperativo (MENDES, 2009, *on-line*).

Neste diapasão, no Estado Constitucional Cooperativo, a consolidação deste novo paradigma estatal gera expectativas para o incremento da cidadania nos planos doméstico e internacional, mormente no que se refere a seus efeitos jurídicos. Ainda no mesmo passo, a "solidariedade estatal de cooperação" ou "cooperação para além das fronteiras", em que a assistência mútua entre Estados é encarada como corresponsabilidade, é um dos fundamentos do "Estado Constitucional Cooperativo", ao lado das normas universais de direitos humanos (CAMPELO; SILVEIRA, 2011, p. 99).

Peter Häberle, idealizador deste novo modelo de Estado, esclarece que o "Estado Constitucional Cooperativo" é o Estado que justamente encontra a sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim como no campo da solidariedade (HÄBERLE, 2007, p. 4). Talvez por isso que o referido autor leciona que o Estado Constitucional e o Direito Internacional transformam-se em conjunto.

---

52 Assim dispõe referido artigo, *in verbis:*
"Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; e X - concessão de asilo político.
Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações".

O Direito Constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional; da mesma forma, o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional. O Estado Constitucional Cooperativo não conhece alternativas de uma "primazia" do Direito Constitucional ou do Direito Internacional; ele considera tão seriamente o observado efeito recíproco entre as relações externas ou Direito Internacional, e a ordem constitucional interna (nacional), que partes do Direito Internacional e do direito constitucional interno crescem juntas num todo (HÄBERLE, 2007, p. 11-12).

Não se olvida, portanto, que há uma pretensão de uma integração cooperativa e solidária de Estados constitucionais na expectativa de se encontrar uma forma de solução os problemas de humanidade e de caráter global (FERNANDES; SILVEIRA, 2016, no prelo). É, a nosso ver, o auge da concretização não só do princípio da dignidade da pessoa humana, pautados no ideário de uma sociedade livre, justa e solidária, como também do princípio da complementariedade, princípios estes que se encontram enraizados na proteção e tutela de direitos universais e difusos[53] e da cidadania tridimensional, respectivamente.

É por essas razões que o Estado Constitucional Cooperativo almeja afastar a noção de constituição fechada, circunscrita tão somente aos valores consagrados no âmbito doméstico dos Estados, mas sim uma constituição aberta que possa vir a reconhecer eventualmente não somente os tratados internacionais, mas também as decisões emanadas por tribunais e cortes pertencentes à ordem internacional, seja ela regional, seja ela universal, principalmente quando versarem sobre a proteção dos direitos humanos.

3.1. O Instituto do *Forum Non Conveniens*

Não se olvida que o Estado Constitucional Cooperativo gera expectativas quanto ao incremento da cidadania, porquanto, afastado o debate da exclusividade estatal, não se permite fragmentar o ser humano nesta ou naquela categoria de pessoa, vinculado a este ou aquele Estado. O homem passa a ser visto como um gênero (ser humano) que possui anseios e necessidades comuns (SILVEIRA; RIPARI, 2009, p. 25).

53 Nos termos do artigo 81, parágrafo único, inciso I do Código de Defesa do Consumidor, consideram-se interesses ou direitos difusos, aqueles transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Portanto, sob essa ótica, se esquivar de julgar esses anseios e necessidades comuns do ser humano fundamentando-se em falta de competência jurisdicional, ponto fulcral do instituto do *forum non conveniens*, significa dirigir na contramão dos elementos centrais deste artigo, em especial, da cidadania tridimensional e do Estado Constitucional Cooperativo.

O instituto do *forum non conveniens* é, em última análise, uma questão de conflito de leis, na qual se discute qual o juízo competente para julgar determinado caso. Em outras palavras, é o poder discricionário de um juízo em declinar o exercício de sua jurisdição a partir da compreensão de que outro juízo seria mais bem adequado para proferir uma sentença.

Referido instituto teve origem na Escócia, em torno dos anos 1800, a partir de uma construção jurisprudencial (*common law*) que permitia que os tribunais pudessem recusar-se a julgar determinadas lides sob o argumento de que, para se alcançar a justiça, seria melhor a escolha de outro fórum (BARRETT JR., 1947, p. 387). Mais recentemente, cortes britânicas e americanas aceitaram este instituto para fins de preservar abusos na escolha do juízo.

Ressalta-se que no sistema processual atualmente em vigor no Brasil, não há qualquer possibilidade de a justiça recusar-se a julgar qualquer causa, salvo com fundamento na ausência de efetividade de sua decisão. Assim, não se conhece entre nós o instituto em comento. Depreende-se esse entendimento a partir da leitura conjugada dos artigos 13[54] e 16[55] do novo Código de Processo Civil.

Fato é que, ao longo dos anos, o instituto do *forum non conveniens* foi se aperfeiçoando de modo que, por volta de 1947, já se podia concluir quais eram alguns dos requisitos que justificariam o afastamento da competência jurisdicional, sendo que, para os fins do presente artigo, nos interessa tão somente a construção que defende sua aplicabilidade quando ambos ou apenas um dos litigantes não residem na jurisdição de processamento e julgamento da contenda (BARRETT JR., 1947, p. 410). A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, por outro lado, definiu os contornos de aplicação deste instituto em cortes federais que se dá em duas partes. A primeira consiste em perquirir sobre a possibilidade de uma jurisdição alternativa. A segunda, mais subjetiva, consiste em avaliar diversos fatores de interesse público e privado (BALDWIN, 2007, p. 754)

54 Assim dispõe referido artigo, *in verbis:*
"Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte".

55 Assim dispõe referido artigo, *in verbis:*
"Art. 16. A jurisdição civil é exercida pelos juízes e pelos tribunais em todo o território nacional, conforme as disposições deste Código".

Na hipótese apresentada neste artigo, isto é, a análise sobre o ocorrido no Caso Pfizer *vs.* Abdullahi (2001), há uma espécie de mudança de paradigma no entendimento da aplicação deste instituto, porquanto outrora a Corte de Nova Iorque refutava-o, principalmente em casos que versavam sobre responsabilidade civil (e não na proteção de direitos humanos); todavia, a partir deste *leading case* até a Suprema Corte norte-americana, em 2004, passou a aceitar tal abordagem com base na alegação de violação de direitos humanos (BALDWIN, 2007, p. 750).

3.2. Ausência de Barreiras Jurisdicionais a partir da Análise do Caso Pfizer *vs.* Abdullahi

Os tribunais norte-americanos são vistos como atrativos às vítimas de abuso de violação dos direitos humanos devido a algumas vantagens procedimentais, tais como: (i) a ampla disponibilidade de litigantes (*class action*); (ii) taxas de contingência; (iii) danos punitivos; (iv) disponibilidade de julgamentos à revelia; (v) fase de pré-julgamento; (vi) desnecessidade de pagamento de honorários de sucumbência pela parte perdedora à vencedora etc. (BALDWIN, 2007, p. 750-751).

Como regra, o autor da lide utiliza-se da *Alien Tort Claims Act* ("ATCA")[56], que preconiza que "os tribunais distritais terão jurisdição originária para qualquer ação civil iniciada por um estrangeiro para fins de responsabilidade, cometido em violação ao direito das gentes ou um tratado dos Estados Unidos"[57]. Em outras palavras, desde a sua promulgação, os tribunais permitiriam o uso da ATCA para fins de acesso às cortes norte-americanas por estrangeiros que buscam solucionar suas lides tendo como causa de pedir (objeto da demanda) violação de direitos humanos acometida fora dos Estados Unidos.

Foi o que ocorreu no Caso Abdullahi *vs.* Pfizer[58]. Em 1996, a Pfizer, Inc., empresa multinacional farmacêutica com sede na Cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos, com a assistência do governo nigeriano, conduziu uma série de testes com drogas experimentais na Cidade de Kano, na Nigéria, durante uma epidemia de meningite bacteriana, em cerca de duzentas crianças, para fins de aprovação de uma droga chamada *Trovafloxacin Mesylate* ("Trovan") no *Food and Drug Administration* norte-americano.

56 É uma espécie de legislação para estrangeiros pleiteando algum tipo de responsabilidade civil.

57 No original: "The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States".

58 Para a leitura do caso na íntegra, ver: Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1442878.html>. Acesso em 23 de junho de 2016.

Diante deste fato, em 2001, um grupo de menores de idade, por meio de seus representantes legais, processou a Pfizer na Corte de Nova Iorque com fundamento na ATCA. Alegou-se, na demanda, que a Pfizer violou normas costumeiras internacionais ao administrar a droga Trovan em menores durante o surto de meningite, sem os respectivos conhecimentos e, consequentemente, consentimentos. Como consequência, os referidos testes, levou à morte de onze crianças, não obstante outras que sofreram danos irreversíveis, tais como surdez, danos cerebrais, paralisia, cegueira etc. Em 2002, outra demanda foi proposta na mesma Corte de Nova Iorque (Caso Ismaila Adamu *vs.* Pfizer) utilizando-se de argumentos similares.

Em sede de contestação, a Pfizer alegou improcedência em ambas às ações, sob o argumento do instituto do *forum non conveniens*, ou, por outra, incompetência de jurisdição da Corte de Nova Iorque. Em 2005, a Corte de Nova Iorque, em primeira instância, decidiu em favor da Pfizer, sob os seguintes argumentos: (i) a referida Corte não seria competente, mesmo com a alegação de corrupção do sistema judiciário da Nigéria pelos demandantes; e (ii) os demandantes falharam em demonstrar qual o ordenamento jurídico internacional foi violado, notadamente o que proíbe tratamentos médicos não consensuais. Assim, a Corte de Nova Iorque julgou pela improcedência da demanda.

Em 2009, a Corte de Apelação reverteu a decisão da Corte de Nova Iorque e conclamou a litispendência das duas demandas judiciais. No mais, argumentou de forma inovadora que, não obstante os demandantes terem alegado violação de normas costumeiras internacionais, naquele momento, haviam dois tratados internacionais específicos que criavam obrigações internacionais concretas aos Estados, quais sejam: (i) o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado no âmbito da ONU; e a (ii) Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, promulgado no âmbito do Conselho da Europa.

A respeito do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o artigo 7° é claro ao prescrever que "ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas". E tal prescrição é válida não somente aos Estados, como também a organizações não estatais. Por outro lado, o artigo 2° da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina preconiza que "o interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência". Adicionalmente, o artigo 5°

desta mesma Convenção informa que "qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestada pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como as consequências e riscos".

Assim, mesmo não sendo pacífico é certo que um tratado internacional representa uma maior manifestação de vontade do que o costume internacional, capaz de afastar uma das alegações de improcedência. Fato é que, em 2011, demandante e demandado chegaram a um acordo extrajudicial (*to settle the lawsuit out of court*), cujas cláusulas e condições permaneceram confidenciais.

Conclusão

O século XXI permitirá a construção de um novo modelo de Estado – o Estado Constitucional Cooperativo – pautado na cidadania tridimensional, cujo indivíduo e a consecução do princípio da dignidade da pessoa humana como modo de se efetivar os direitos humanos se sobrepõem a um entendimento ultrapassado de soberania, que só servia para limitar ou obstar o progresso das relações internacionais.

O conceito de soberania, representado pelo Estado-Nação, tal qual historicamente compreendido desde o século XVIII não mais se sustenta. A evolução da sociedade, as novas descobertas tecnológicas, a globalização, dentre outros fatores de igual importância, foram fenômenos que macularam a ideia de um Estado fechado em suas próprias dimensões territoriais e populacionais, refletindo, na mesma medida, na forma como o indivíduo é visto e tutelado na seara internacional. O constante avanço do direito internacional dos direitos humanos em conjunto com o sistema protetivo de caráter regional dos direitos humanos dá uma nova dimensão à célebre frase de que o indivíduo tem "direito a ter direitos" de Hannah Arendt.

Atualmente, o exercício da soberania é pautado conforme as diretrizes e os valores estabelecidos pela sociedade internacional, principalmente após o surgimento da ONU no Pós-Segunda Guerra Mundial, como resultado de atitudes nefastas perpetradas contra outros seres humanos. Cientes de que o Estado é o maior violador de direitos humanos, ou que, no mínimo, é convalescente em atitudes que venham a violar os direitos humanos (vide, por exemplo, o caso posto em discussão neste artigo, na qual a Nigéria permitiu o uso de seus cidadãos como espécie de "cobaias" em testes experimentais de droga contra a meningite que sequer tinham sido ainda aprovadas pelo departamento responsável nos Estados Unidos), as organizações internacionais,

enquanto novos sujeitos do direito internacional público, assumiram o protagonismo da proteção desses direitos, entendendo que referida proteção desconhece barreiras geográficas.

O indivíduo é "cidadão do mundo" e, por consequência, merecedor de tutela em todos os âmbitos de atuação dessas organizações internacionais, sejam eles regionais ou universais, a despeito de qualquer previsão constitucional de defesa de direitos e garantias fundamentais.

O que se conclui neste artigo, a partir do caso exposto, é uma cristalina mudança de paradigma quanto aos deveres dos Estados neste novo contexto de cooperação internacional. Uma prática recorrente no Poder Judiciário norte-americano de se aplicar o instituto do *forum non conveniens*, declinando, assim, uma competência jurisdicional foi simplesmente afastada no caso Pfizer *vs.* Abdullahi. É possível se chegar a conclusão de que tribunais e cortes não deveriam ter sua jurisdição restringida em se tratando de proteção dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **The Origins of Totalitarianism.** Nova York: Harcourt Brace Jovanovitch, 1993.

BALDWIN, Jeffrey E. **International Human Rights Plaintiffs and the Doctrine of Forum Non Conveniens.** Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol40/iss3/5>. Acesso em: 23 jun. de 2016.

BARRETT JR., Edward L. **The Doctrine of Forum Non Conveniens.** Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol35/iss3/4>. Acesso em: 23 jun. de 2016.

CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. Cidadania e Direitos Humanos. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Cleyson de Moraes (coord.). **Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença**/Fundação Educacional D. André Arcoverde. Juiz de Fora: Editora Associada, 2011.

CASO ABDULLAHI VS. NIGÉRIA. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1442878.html>. Acesso em: 23 jun. de 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania.** 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

FERNANDES, Ana Carolina Souza. **O Mercado Financeiro e a Globalização:** Uma Análise sob a Perspectiva da Efetividade do Direito ao Desenvolvimento. São Paulo, 2014. 221f. Dissertação (Mestrado em Direito com Ênfase em Relações Econômicas Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

FERNANDES, Ana Carolina Souza; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. A Crise de Refugiados na União Europeia e a Proteção dos Direitos Humanos sob a Perspectiva do Estado Constitucional Cooperativo. In: IENSUE, Geziela; CARVALHO, Luciani Coimbra de (org.). **Migração Direitos Humanos e Cooperação Jurídica Internacional.** No prelo, 2016.

GIDDENS, Anthony. **O Mundo na Era da Globalização.** Tradução de Saul Barata. Lisboa: Editorial Presença, s/a.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo.** Tradução do original em alemão por Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional: Ensaios Políticos.** Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HOLSTON, James. **Cidadania Insurgente:** Disjunções da Democracia e da Modernidade no Brasil. Tradução de Cláudio Carina. 1.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

JESSOP, Bob. Die Zukunft des Nationalstaats: Erosion oder Reorganization? Grundsätzliche Überlegungen zu Westeuropa. In: DEPPE, F.; BURKHARDT, W. (eds.). **Europäische Integration und Politische Regulierung –** Aspekte, Dimensionen, Perspektiven. Marburg an der Lahn: FEG Studie Nr. 5, 1995, p. 9-48.

LINDGREN ALVES, José Augusto. Cidadania, Direitos Humanos e Globalização. In: PIOVESAN, Flávia (org.). **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional:** Desafios do Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MALISKA, Marcos Augusto. **A Cooperação Internacional para os Direitos Humanos entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional.** Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo. Acesso em: <www.publicadireito.com.br/conpedi/.../bh/marcos_augusto_maliska.pdf>. Acesso em 22 jun. de 2016.

MENDES, Gilmar. **Homenagem à Doutrina de Peter Häberle e sua Influência no Brasil.** Disponível em: <www.stf.jus.br/.../cms/.../Homenagem_a_Peter_Haberle__Pronunciamento__3_1.pdf>. Acesso em: 23 jun. de 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais e Globalização:** Limites Ético-Jurídicos ao Realinhamento Constitucional. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/48317>. Acesso em: 22 jun. de 2016.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; RIPARI, Vanessa Toqueiro. A Cidadania Regional Americana e o Ordenamento Jurídico. **Revista da Escola Paulista de Magistratura.** Vol. 5, 2009, p. 22-28.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização.** Rio de Janeiro: Record, 2005.

AS TEORIAS COMPARADAS DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Leonardo Raphael Carvalho de Matos[59]
Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi[60]

RESUMO
Nesta pesquisa pretende-se abordar os aspectos relacionados à função social da empresa, como surgimento dos novos direitos, chamados coletivos, difusos e individuais homogêneos. Destacam-se, neste analise, elementos como: a responsabilidade empresarial, a ética, a sustentabilidade e o meio-ambiente. A abordagem é de natureza heterônoma, pois parte de diferentes teorias, que tratam do tema, no intuito de se desenvolver um estudo comparativo. Trata-se, inicialmente, da análise do "Processo de Dinamogenesis dos Direitos Humanos", no intuito de contextualizar a tutela dos direitos de terceira dimensão, que implicam na proteção integral da dignidade humana e a imersão dessas normas na ordem constitucional. Em seguida, aborda-se a "eficácia horizontal das normas (ou efeito irradiante)", que versa sobre a função social da empresa, como reflexo ou desdobramento da solidariedade ou da terceira dimensão de direitos. Trata-se, ainda, da função social pela análise econômica do Direito, com fundamento na "Teoria do Jogo" e na "mão invisível" do mercado. Cabe, ainda, destacar, uma visão mais fraterna da função social da empresa, ao destacarem-se os elementos fundamentadores do Capitalismo Humanista. A pesquisa pretende desenvolver um diálogo sobre o tema, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, ao analisar as doutrinas especializadas da literatura jurídica, e pelo método indutivo, ao apontar o entendimento jurisprudencial das cortes brasileiras, num paralelo entre os resultados desejados e os obtidos.

Palavras-chave: Função social da empresa. Análise econômica do Direito. Capitalismo humanista.

ABSTRACT
This research aims to address some issues related to the company social function, such as the emergence of new rights, collective, diffuse and individual homogeneous. Stand out in this analysis, some elements such as corporate responsibility, ethics, sustainability and the environment. The approach is heteronomous nature, as part of different

59 Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho. Professor da graduação em Direito da Universidade Nove de Julho. Advogado.
60 Doutora em Direito pela PUC-SP. Professora da PUC-SP.

theories that deal with the subject in order to develop a comparative study. Initially analyzing the "Dinamogenesis Process of Human Rights", in order to contextualize the protection of third dimension of rights, which involve the full protection of human dignity and the immersion of these rules in the constitutional order. Then deals with the "horizontal effectiveness of standards (or irradiating effect)", which deals with the social function of the company, reflecting or unfolding of solidarity or third dimension rights. It is also the social function of the economic analysis of law, based on the "Game Theory" and the "invisible hand" of the market. It also points out, a more fraternal vision of the social function of the company to excel them fundamental elements of the Humanist Capitalism. The research aims to develop a dialogue on the subject, using the hypothetical-deductive method, to analyze the specialized doctrines of legal literature, and by the inductive method, to point the jurisprudential understanding of the Brazilian courts, a parallel between the desired results and obtained.

Keywords: Company social function. Economic Analysis of Law. Humanistic Capitalism.

Introdução

Neste trabalho serão abordados os aspectos relacionados à função e responsabilidade social da empresa como consequência ao surgimento dos novos direitos, chamados coletivos, difusos e individuais homogêneos, com base em um estudo comparativo de teorias jurídicas.

Inicialmente tratar-se-á do Processo de Dinamogenesis dos Direitos Humanos, teoria que busca o reconhecimento e compreensão dos direitos, numa linha tempo-espacial de mutação legislativa e hermenêutica, no intuito de contextualizar o surgimento e a importância de se tutelar os direitos humanos, no tocante aos de terceira geração, que implicam na proteção integral da dignidade humana e dos princípios constitucionais e a sua imersão na ordem constitucional, destacando-se a ética como uma nova dimensão de direitos. Utilizar-se-á, como marco teórico desta teoria, a doutrina de Vladmir Oliveira da Silveira.

Em seguida, tratar-se-á da função social da empresa, pela ótica da eficácia horizontal das normas (ou efeito irradiante), que compreende a função social da empresa, bem como a ética, como desdobramentos da terceira dimensão dos direitos humanos (Solidariedade) e, não, como uma nova categoria de direitos. Utilizar-se-á, como marco teórico desta teoria, a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet.

Ato contínuo, a função social da empresa será abordada pela análise econômica do Direito, que compreende a ética empresarial e a sustentabilidade como "manobras para obtenção de mais lucro" para a empresa, com fundamento na Teoria do Jogo e na "mão invisível do mercado". Utilizar-se-ão, como marcos teóricos desta teoria, as doutrinas de Adam Smith e Richard Posner.

Finalmente, a função social da empresa será vista, também, por um olhar mais fraterno, do Capitalismo Humanista. Utilizar-se-á, como marco teórico desta teoria, as doutrinas de Ricardo Sayeg, Wagner Balera e Marcelo Benacchio.

Vale ressaltar que tal pesquisa não possui o condão de esgotar tamanha problemática, mas de desenvolver um diálogo sobre o tema, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, ao analisar as doutrinas especializadas da literatura jurídica, e pelo método indutivo, ao apontar o entendimento jurisprudencial das cortes brasileiras, num paralelo entre os resultados desejados e os obtidos.

1. Do processo de dinamogenesis dos direitos humanos e da tutela dos direitos de terceira dimensão

A relação empresarial no Brasil vem sofrendo um reflexo direto da tendência pós-positivista ao tratar do direito privado como também objeto do direito público, no momento em que se compreende a existência de interesses coletivos, difusos e metaindividuais a serem tutelados pelo Estado.

Tal conjuntura é considerada consequência de alguns fenômenos a serem também analisados brevemente neste estudo, como: o neoconstitucionalismo, a dinamogenesis do Direito, o Estado socioambiental e a defesa dos direitos de terceira dimensão (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010).

Vale elucidar, inicialmente, o contexto histórico ensejador do olhar tendencioso de análise do privado sob um aspecto público (BONAVIDES, 2006). Muitos doutrinadores agregaram significante contribuição ao Direito ao tratarem destas questões. Cite-se Hans Kelsen, adepto ao Direito normativo. Miguel Reale, representante do movimento positivista, que analisou o Direito como ciência composta de norma, fato e valor. E no evoluir, Ronald Dworkin, que pregava que o valor integra a norma através dos princípios, surgindo, então, a ciência pós-positivista.

A inovação histórica não está propriamente na existência e no reconhecimento dos princípios pela norma jurídica. Os princípios são figuras antigas no ordenamento e a proporção que o tempo passa, vêm desempenhando vários papéis. O que há de inovador é o reconhecimento de sua normatividade (BARROSO, 2003).

Tudo acontece por força da hermenêutica – parte da ciência jurídica que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos, que devem ser utilizados para que a interpretação se realize; é a teoria científica da interpretação. Entende-se que a tarefa de interpretar a norma vai além. Deve-se, então, conferir a aplicabilidade da norma jurídica às relações sociais que lhe deram origem; estender o sentido da norma a relações novas, inéditas ao tempo de sua criação; temperar o alcance do preceito normativo, para fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social. Logo, o ato interpretativo implica uma duplicidade, onde sujeito e objeto estão colocados um diante do outro (FRANÇA, 2011).

A hermenêutica contém regras bem ordenadas que fixam os critérios e princípios que deverão nortear a interpretação. É a teoria científica da arte de interpretar, mas não esgota o campo da interpretação jurídica, por ser apenas um instrumento para a sua realização. Logo, o intérprete, ao compreender a norma, descobre seu alcance e significado, refaz o caminho da fórmula normativa, ao ato normativo, tendo presentes os fatos e valores dos quais a norma advém, bem como os supervenientes; ele a compreende, a fim de aplicar em sua plenitude o significado nela objetivado.

As normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si. A complexidade deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta numa sociedade é tamanha que não há um poder (ou órgão) capaz de satisfazê-la sozinho. Têm-se, então, dois expedientes: a) a recepção de normas já feitas, produzidas por ordenamentos diversos e precedentes; b) a delegação do poder de produzir normas jurídicas a poderes ou órgãos inferiores. A complexidade de um ordenamento jurídico deriva, portanto, da multiplicidade das fontes diretas e indiretas (reconhecidas e delegadas) das quais afluem regras de conduta.

O poder originário é o conjunto das forças políticas que num determinado momento histórico tomaram o domínio e instauraram um novo ordenamento jurídico. Qualquer poder originário repousa um pouco sobre a força e um pouco sobre o consenso. O exercício da força (eficácia) para fazer respeitar as normas é uma característica do ordenamento jurídico. Logo, a norma fundamental é verdadeiramente a base do ordenamento jurídico (BARROSO, 2003).

Contudo, o Direito é lacunoso, mas é, ao mesmo tempo, sem lacunas. É lacunoso porque a vida em sociedade apresenta vieses infinitos nas condutas humanas, mudam-se as necessidades com os progressos, o que torna impossível a regulamentação, por meio de norma jurídica, de toda sorte de comportamento, mas é paralelamente sem lacunas, ao passo que o próprio dinamismo do Direito apresenta soluções que serviriam de base para qualquer decisão.

Dinamicamente considerado o Direito se autointegra. Ele mesmo supre seus espaços vazios através do processo de aplicação e criação de normas, sendo o sistema jurídico não completo, mas completável. A constatação da lacuna resulta de um juízo de apreciação, porém, o ponto decisivo não é a concepção que o magistrado tem da norma jurídica, mas o processo metodológico por ele empregado.

Os mecanismos de constatação das lacunas são, concomitantemente, de integração. São correlatos porque o preenchimento pressupõe a constatação. Os meios de preenchimento das lacunas são indicados pela própria lei (art. 4º, LINDB), destacando-se a figura dos princípios, que abandonaram seu caráter meramente complementar da norma, mas passaram a desempenhar um novo papel normativo, coercitivo, através da hermenêutica sistemática moderna.

E no momento em que os princípios atuam como moderadores de um Direito mais justo, mais humanista, mais fraterno, mais protecionista aos direitos humanos, é que a ciência jurídica se transforma e o Direito Privado e o Direito Público se comunicam. Logo, as normas privadas passam a ser analisadas por um viés constitucional, assim como as normas públicas passam a se preocupar com o interesse privado.

Nesta conjuntura, as ciências como o Direito Empresarial, O Direito do Trabalho, o Direito Civil e o Direito do Consumidor denotam um novo aspecto, ou seja, recebem uma proteção constitucional e uma interpretação sistêmica de suas normas, influenciadas diretamente pelos princípios constitucionais, responsáveis pela manutenção da ordem e da segurança jurídica.

Quanto ao Direito Constitucional atual, este está envolvido pela atmosfera teórica, metodológica e ideológica do denominado neoconstitucionalismo presente em diferentes aspectos nas teorias de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luis Prieto Sanchís, Carlos Nino, Luigi Ferrajoli, dentre outros. Esses autores não podem ser reunidos numa corrente unitária de pensamento, mas em suas teorias é possível encontrar uma série de coincidências e tendências comuns que podem conformar uma "nova cultura jurídica", ou, em outros termos, "o paradigma do Estado constitucional de direito".

Esses pontos em comum, retirados de teorias cujas bases filosóficas são bastante ecléticas, podem ser sintetizados da seguinte maneira: a) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos

particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) enfim, a aceitação de alguma conexão entre Direito e moral.

Em suma, nas palavras de Prieto Sanchís, inspirado em Alexy, pode-se traçar o seguinte perfil do constitucionalismo contemporâneo: mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; mais Constituição que lei; mais juiz que legislador.

Se o neoconstitucionalismo é concebido como um conjunto de teorias que pretendem descrever o processo de constitucionalização dos sistemas jurídicos contemporâneos, seu traço distintivo não poderia ser outro que a adoção de um peculiar modelo constitucional: o denominado "modelo axiológico de Constituição como norma". De acordo com esse modelo, a Constituição é marcada pela presença de princípios, especificamente, de normas de direitos fundamentais que, por constituírem a positivação (expressão normativa) de valores da comunidade, são caracterizadas por seu denso conteúdo normativo de caráter material ou axiológico, que tende a influenciar todo o ordenamento jurídico e vincular a atividade pública e privada.

O neoconstitucionalismo flexibilizou a rigidez normativa, apresentando um diálogo entre as normas de direito público e de direito privado. O neoconstitucionalismo também guarda relação com os direitos difusos, categoria intermediária entre o público e o privado, que busca tutelar os interesses de uma coletividade. Vale lembrar que o direito difuso supera a dicotomia público-privada. O neoconstitucionalismo ainda sofre influência do direito internacional, ao recepcionar normas de eficácia *erga-omnes* introduzidas por tratados e convenções internacionais, às quais o Brasil resta signatário.

A dinamogenesis explica o processo que fundamenta o reconhecimento dos novos direitos no decorrer da história. Tal modelo corresponde à chamada ideologia dinâmica da interpretação jurídica, entendida como atividade de adaptação do direito às necessidades da presente e futuras gerações.

Vladmir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano demonstram em sua obra a teoria da dinamogenesis como fonte dos direitos humanos. E será com base nesta teoria que desencadear-se-á, a seguir, uma linha no tempo e no espaço com o condão de demonstrar o reconhecimento desses novos direitos e o processo de imersão na ordem constitucional. (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010).

O Estado Nação, caracterizado pelos privilégios a determinadas classes, se torna Estado de Direito, nos séculos XVII e XVIII, onde os direitos civis (direitos de autonomia) e os direitos políticos (direitos de participação) são incorporados à ordem pública, através do fenômeno da transmigração. Os direitos civis desdobram-se no direito à vida, à integridade pessoal, à segurança

pessoal, à liberdade, entre outros. Os direitos políticos representam a possibilidade e o exercício da participação política, ou seja, a possibilidade de o indivíduo votar e ser votado. Logo, temos os direitos negativos e individuais, bem como os direitos humanos de primeira dimensão (direitos de liberdade).

Os direitos de primeira dimensão concernem à delimitação da esfera de liberdade individual em relação ao poder do Estado, traduzindo as denominadas liberdades públicas negativas ou direitos negativos, na medida em que exigem por parte do poder público um comportamento apenas de salvaguarda, sem qualquer interferência efetiva nessa esfera de domínio particular. Neste Estado Liberal de Direito, o exercício dos direitos políticos introduz, também, a ideia de cidadania.

O Estado de Direito evolui para o Estado Social de Direito, no século XIX, onde os direitos sociais, econômicos e culturais são incorporados à ordem pública, sob égide da Revolução Industrial. Logo, temos os direitos positivos e coletivos, bem como os direitos humanos de segunda dimensão (direitos de igualdade).

Os direitos de segunda dimensão possuem um caráter eminentemente prestacional, caracterizando-se como direitos de cunho social, econômico e cultural, e exigem uma atuação estatal voltada ao atendimento de condições mínimas de dignidade da vida humana, ou seja, especificar as pretensões do povo.

A Constituição Federal Brasileira de 1934 foi a primeira Constituição a introduzir no Brasil tais direitos na ordem jurídica. O Estado passa a ter um *status* positivo social, através da ideia de igualdade (Democracia Social).

Os direitos de segunda dimensão estão presentes nos artigos 23 e seguintes da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, atualmente, possuem uma dupla dimensão: a) objetiva – o Estado como garantidor da igualdade; b) subjetiva – a faculdade que os indivíduos possuem de participar dos benefícios da vida social.

O Estado Social de Direito evolui para o Estado Socioambiental ou Estado Constitucional Cooperativista, onde o direito à paz, ao meio ambiente e ao desenvolvimento são incorporados à ordem pública. Logo, tem-se os direitos difusos, bem como os direitos humanos de terceira dimensão (solidariedade e fraternidade), tutelados regional, estadual e universalmente, caracterizados pela Teoria Democrática.

Os direitos de terceira dimensão, no século XX, se voltam à tutela da solidariedade, passando a considerar o ser humano como não vinculado a esta ou àquela categoria, mas como um gênero com necessidades comuns, e que só serão supridos a partir da união de esforços na construção de um mundo melhor, revelando a preocupação concreta com a paz, o desenvolvimento econômico, o meio ambiente, entre outros temas do direito comparado.

A norma há de ser expressão jurídica dos valores morais e éticos que inspiram o ordenamento jurídico e que se sintetizam no respeito e na garantia da dignidade humana e suas manifestações, como mérito dos direitos humanos. O princípio do respeito pela dignidade da pessoa é a expressão jurídica dos valores representados pelos direitos humanos, manifestos no interesse de proteção dessa dignidade em seu sentido político, social, econômico e cultural.

As mudanças sociais e econômicas produzidas ao longo da história utilizam os princípios jurídicos como vias para o reconhecimento dos novos valores exigidos pela comunidade social. Por intermédio da normatização, os valores passam a ter vida. Saem do plano ideal para o concreto posto que se pode exigi-los, garanti-los e protegê-los. O objeto se protege e garante por intermédio do direito: o objeto se transforma num "dever-ser".

A funcionalização do Direito passa a ser caracterizada por uma compatibilização geracional, ou seja, por uma nova perspectiva (solidariedade), assegurando direitos às futuras gerações, e não apenas, expectativa dos mesmos.

> No Estado Social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas (SARLET, 2006, p. 395).

Os direitos de terceira dimensão surgem no contexto do Estado democrático e social de direito, ultrapassando a visão individualista, superando a dicotomia existente entre o público e o privado, fazendo com que a tutela dos direitos atinja um caráter difuso. Tais circunstâncias deram-se pela contaminação das liberdades e pela revolução tecnológica.

Então, esta mesma solidariedade tem como enfoque os direitos dos povos, combatendo a acentuação da desigualdade econômica, sociocultural e política, que consiste no paradigma da qualidade de vida, próprio da genuína pós-modernidade, e por centrar na luta contra a alienação dos indivíduos.

Como assevera Samyra Naspolini Sanches:

> Assim, os direitos de solidariedade expressam-se como direito à paz, meio ambiente sadio, autodeterminação dos povos e desenvolvimento econômico. Em um mundo globalizado e em um contexto econômico de capitalismo avançado há um número cada vez maior de situações

> e condutas humanas que exigem do Estado ações de proteção e de prestação. Porém, os direitos de solidariedade, não só relativizam a soberania dos Estados, mas comprometem com a pauta de direitos também o sujeito particular (SANCHES, 2011, p. 298).

Como características das três primeiras dimensões têm-se, então, a universalidade, a irreversibilidade, a indivisibilidade, a integridade e a interdependência entre elas. Alguns eventos foram primordiais ao fomento da *dinamogenesis* jurídica. Podem-se destacar, entre outros, a Organização das Nações Unidas (1945); a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) – aprovada em Paris, contendo 30 artigos representativos dos "direitos dos povos"; a Organização dos Estados Americanos, através da Declaração Americana de direitos e deveres do homem e do Pacto de São José da Costa Rica, o qual o Brasil também é signatário de suas disposições.

Neste contexto, a cidadania que consiste no vínculo jurídico com o Estado, ou "o direito a ter direitos" (ARENDT, 1989) passa a ter uma dimensão tripartida, com o aumento de pessoas, de direitos e de tutela ou jurisdição (ao passo que se tornam sujeitos de Direito Internacional Público). Isso implica dizer, que no século XX, os direitos humanos passaram a ter uma tutela regional, estadual e universal, marcada pelos eventos da globalização e o surgimento do terceiro setor (Organizações).

Ademais, afirma Samyra Naspolini Sanches:

> Porém, cada vez mais, firma-se a teoria de que os efeitos dos Direitos Fundamentais não se reduziriam ao Estado, ou seja, não é somente o Estado o destinatário dos Direitos Fundamentais, uma vez que o particular também não pode violá-los, neste caso se estaria falando em eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais. Esta teoria, elaborada na segunda metade do século XX, baseia-se na ideia de superação da concepção de direitos fundamentais somente como direitos exigíveis em face do Estado, mas como um sistema de valores válido para todo o ordenamento jurídico (SANCHES, 2011, p. 299-300).

Tais posicionamentos doutrinários possuem o condão de demonstrar o mérito das garantias fundamentais e dos direitos humanos, que nasceram do povo para o povo, num caráter prestacional e de observância obrigatória pelo Estado, bem como pelos particulares.

Observada as dimensões das garantias fundamentais, bem como dos direitos humanos, a principal consequência é a eficácia irradiante desses direitos, o que significa que os valores inerentes a esses direitos irradiam

por todo o ordenamento jurídico. Entende-se, ainda, que as dimensões dos direitos não se esgotam em apenas três. Estudos mais modernos apontam outras duas gerações de direitos.

> Para a corrente que defende a eficácia imediata dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, representada por Nipperdey e Leisner, uma vez que os Direitos Fundamentais, estando positivados na Constituição, constituem-se em normas válidas para todo o ordenamento jurídico e não se pode aceitar que o privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional (SARLET, 2006, p. 397)

Segundo Luís Roberto Barroso, a eficácia irradiante desempenha os papéis de princípio hermenêutico e de mecanismo de controle de constitucionalidade, através da interpretação conforme a Constituição. No primeiro papel, ela impõe ao operador do direito que, diante da ambiguidade de determinada norma jurídica, opte pela exegese que torne essa norma compatível com a Constituição, mesmo que não seja a exegese mais óbvia do preceito. No segundo, permite ao Supremo Tribunal Federal que elimine, por contrariedade à Lei Maior, possibilidades interpretativas de determinada norma, sem redução do seu texto. Cada juiz, no que tange ao controle difuso de constitucionalidade, também têm a obrigação de interpretar as normas jurídicas de modo mais consentâneo com a Lei Fundamental.

Segundo Canotilho, é necessária a criação de soluções diferenciadas, para harmonizar a tutela de tais direitos com a proteção da autonomia privada pois, embora a vinculação direta dos direitos fundamentais atinja a todos os particulares e não apenas aos poderes sociais, a desigualdade das partes em uma relação jurídica privada é um dado que não pode ser desconsiderado quando se observa a intensidade da eficácia horizontal de tais direitos.

É necessário salientar que, sendo os direitos fundamentais exteriorizações do princípio da dignidade da pessoa humana, este, por sua vez, o centro de gravidade da ordem jurídica, é preciso expandir para todas as esferas da vida humana a incidência do mesmo pois, do contrário, a concretização desse princípio estará inexoravelmente comprometida.

Os direitos de quarta dimensão teriam como valores preponderantes a responsabilidade e a ética. Nascem a partir do Estado necessário e ético de direito, caracterizado pela horizontalidade dos direitos humanos. Para Noberto Bobbio (BOBBIO, 1992, p. 6), “tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética”.

Tais direitos configuram processos e institutos jurídicos focados na proteção da dignidade da humanidade, que tem como núcleo essencial, a proteção e a garantia da espécie humana considerada na sua coletividade. Vale citar que os direitos de quarta dimensão são frutos das novas necessidades sociais de tutela, haja vista o aparecimento das inovações tecnológicas e dos riscos inerente ao desenvolvimento na pós-modernidade, possuindo formas universal e real.

A ética, a responsabilidade e a moralidade científica vão além da solidariedade ao caracterizarem a dignidade da pessoa humana.

Para Paulo Bonavides (2006, p. 571-572):

> A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. [...] Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. [...] A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. [...] os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.

Com efeito, Bonavides define como direitos de quarta dimensão o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

Quanto aos direitos de quinta dimensão, alguns doutrinadores como o próprio Paulo Bonavides, José Adercio Sampaio Leite e Raquel Honesko, asseveram que a paz seria um desses direitos e que, o cuidado, a compaixão e o amor por todas as formas de vida assegurariam os direitos humanos numa plenitude social, dados os últimos acontecimentos de iminentes guerras e movimentos de caráter terrorista pelo mundo.

> A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores [...]. Faz parte da estratégia mesma de formulação do futuro em proveito das hegemonias supranacionais, já

> esboçadas no presente. Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos humanos [...]. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional (BONAVIDES, 2006, p. 571).

Logo, o direito à paz é entendido como direito à vida, tornando-se elemento fundamental ao progresso de todo país, seja desenvolvido ou não.

Em síntese, o desenvolvimento histórico marca o reconhecimento de novos valores por parte da sociedade, que os estima como necessários e, nesse sentido, os protege mediante o eficaz instrumento do direito.

> Como vimos, os direitos e liberdades não foram conquistados pacificamente, mas por intermédio de árdua luta, e se baseiam historicamente no modelo ocidental, euro-atlântico. Este modelo, cumpre lembrar, se expressa como um sistema complexo, interdependente e dinâmico. Com efeito, são atos e fatos históricos, posicionamentos ideológicos, posições filosóficas, textos normativos e instituições que – desde a fundamentação axiológica de tal modelo na Antiguidade Clássica, passando pelos documentos medievais e as primeiras declarações de direitos até os documentos mais recentes – configuraram um corpo jurídico de instituições e normas de caráter declaratório internacional e de direito fundamental constitucional. Frise-se que esse corpo jurídico tem como objetivo dotar de eficácia real a dignidade da pessoa humana, em suas mais amplas manifestações, por intermédio dos direitos humanos (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 184-185).

A partir do processo de *dinamogenesis* dos direitos humanos e do reconhecimento dos novos direitos, tratar-se-á da função social da empresa, da responsabilidade empresarial e da tutela desses novos direitos no âmbito coorporativo.

2. A Função Social da empresa e a Responsabilidade empresarial

A função social possui três vertentes mais utilizadas no Direito: a função social do contrato, da propriedade e da empresa. A função social do contrato ocorre quando o contrato é celebrado e executado observando a livre circulação de riquezas, desde que respeitadas a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. Quanto a função social da propriedade, pregou a igreja que a propriedade teria como característica intrínseca a função social

(art. 5º, XXIII, CF), compreendendo o individual e o coletivo, admitindo ainda a propriedade pública, dos bens cuja apreensão individual configuraria um risco para o bem comum.

Vale traçar uma pequena contextualização histórica da função social. Estudos apontam que São Tomás de Aquino teria feito a primeira referência ao instituto. Segundo Eduardo Tomasevicius Filho "O conceito de função teria sido formulado pela primeira vez por São Tomás de Aquino, quando afirmou que os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar" (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 34).

Em seguida, a função social foi citada na Constituição do México em 1917 (conhecida como Quereta) no momento da tradição do Estado liberal e emergência do Estado democrático de Direito. Fase, esta, de pós-guerra que introduzia os direitos sociais, trazendo limitações ao poder do Estado. Posteriormente, a Constituição da Alemanha em 1919 (Constituição de Weimar), no seu art. 153, de forma mais elaborada, fora tendenciosa a função social da propriedade "a propriedade não é um direito, mas uma função social" (TOMASEVICIUS FILHO, 2005, p. 199).

O constitucionalista italiano Santi Romano em 1977, ao conectar poder, deveres e direitos, elaborou o conceito de função social. "O constituinte estabeleceu a ideia de função social como poder-dever, que significa o exercício de um direito subjetivo, de tal modo que o indivíduo não contrarie o interesse público" (TOMASEVICIUS FILHO, 2005, p. 201).

No Brasil, a Constituição de 1934 trouxe em seus artigos 115 e 143 normas sobre a ordem econômica, garantida a sua liberdade, dentro dos limites da justiça e as necessidades da vida nacional. Fase caracterizada pela passagem do estado liberal para o estado social. Tal característica fora recepcionada pelas Constituições posteriores, surgindo os Direitos Humanos de segunda geração alinhados ao conceito de socialidade (responsabilidade social).

Contudo, foi a partir da Constituição de 1988 que se vislumbrou uma preocupação mais acentuada em proteger e atingir objetivos sociais bem definidos, atinentes à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades. Elevaram-se os princípios e normas sociais ao *status* constitucional, fortalecendo a ordem social no país.

Na seara privada, as normas sociais presentes na Constituição introduziram uma visão mais humanista ao direito empresarial, passando a inserir a empresa num contexto social. Chega-se, então, ao conceito de Função Social. Como afirma Fábio Konder Comparato:

> A função social como o poder-dever de vincular a coisa a um objetivo determinado pelo interesse coletivo. Somente, os bens de produção cumpririam uma função social, entendido como os empregados nas atividades produtivas. Os bens de consumo, aqueles destinados ao uso pessoal, não teriam essa destinação. Conclui que "se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica". (COMPARATO, 1986, p. 75)..

No mesmo entendimento, acrescenta, ainda, Tomasevicius Filho, ao afirmar que a função social

> [...] significa o exercício de um direito subjetivo, de tal modo que se atenda ao interesse público, não apenas no sentido de não impor restrições ao exercício desse direito, mas também no sentido de acarretar uma vantagem positiva e concreta para a sociedade. Dessa forma, entende-se a ideia de que a propriedade obriga ou que há um poder-dever de o indivíduo atender ao interesse público no exercício de seu direito subjetivo (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 39).

A terceira vertente da função social e objeto deste estudo é a função social da empresa. A empresa deixou de ser mera produtora ou transformadora de bens que coloca no mercado. É, antes de tudo, um poder. Representa uma força socioeconômica determinada com uma enorme potencialidade de emprego e expansão.

O Estado democrático de direito deixou de participar diretamente da produção e circulação de bens e serviços, deixando espaço para a livre iniciativa, que se transformou no projeto de desenvolvimento econômico da sociedade, que deve estar vinculado ao desenvolvimento social, buscando estabelecer um equilíbrio entre a ordem liberal e a ordem socialista.

A função social da empresa implica: a) os bens de produção devem ter uma destinação compatível com os interesses da coletividade; b) a produção e a distribuição de bens úteis à comunidade; c) gerar riquezas e empregos.

Importante vínculo de influência entre o princípio da função social e o princípio da preservação da empresa, que tem como fim a proteção e continuidade da atividade econômica como fonte de desenvolvimento da sociedade. Contudo, a função social não pode ignorar a função primeira da empresa que é o lucro.

Para Tomasevicius Filho

> A função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres, positivos e negativos (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 40).

Assim entende a Ministra Nancy Andrighi, relatora do Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 110.250-DF, ao citar que

> A função social da empresa exige sua preservação, mas não a todo custo. A sociedade empresária deve demonstrar ter meios de cumprir eficazmente tal função, gerando empregos, honrando seus compromissos e colaborando com o desenvolvimento da economia, tudo nos termos do art. 47 da Lei nº 11.101/05 (ANDRIGHI, 2010).

Para Fábio Konder Comparato

> Função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. Algumas vezes, interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nessas hipóteses, precisamente, que se deve falar em função social ou coletiva. [...] em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos (COMPARATO, 1996, p. 65).

No Brasil, o conteúdo positivado da função social encontra-se nos artigos 7 e 170 da Constituição Federal. A função social da empresa representa uma ação positiva a ser realizada a partir da observância de um princípio básico na relação coorporativa: a responsabilidade.

A partir da consciência sobre a função social, a sociedade passa a esperar um comportamento diferenciado da empresa, de forma coerente, com uma produção responsável, condutas éticas e produtos e serviços com qualidade, postos em mercado, além, claro, do lucro.

Alguns movimentos fomentaram tal comportamento, entre eles, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento na Conferência Rio-92, a Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável na Conferência de Joanesburgo, as Metas do Milênio e a Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.

Logo, o termo "responsabilidade social" surge, então, para traduzir esta nova faceta que a empresa adotou no passar do tempo: o de compromisso com a sociedade, com a comunidade e o meio ambiente.

> A responsabilidade social das empresas consiste na integração voluntária de preocupações sociais e ambientais por parte das empresas nas suas operações e na interação com a comunidade. (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 46).

O Instituto Ethos conceitua responsabilidade social da empresa como

> A forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais que impulsionem o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais (INSTITUTO ETHOS).

A responsabilidade social está vinculada a todas as atividades da empresa que buscam não a finalidade lucrativa em primeiro plano, mas o desenvolvimento da comunidade externa (sociedade), bem como de seus funcionários, investindo em cursos de atualização e reciclagem, bem-estar e lazer, gerando um meio ambiente saudável e higiênico na empresa.

O investimento no bem-estar da comunidade ainda representa uma válvula de escape fiscal para a empresa, que transfere seus impostos para a causa social. E, em muitos casos, um jogo de *marketing*, quando divulgam suas ações no intuito de atrair ainda mais consumidores e, com isso, obter mais capital. Logo, a própria responsabilidade social acaba voltando para a função precípua da empresa, o lucro.

Para Elizabeth de Melo Rico,

> uma das consequências de um projeto social bem-sucedido é o seu reconhecimento institucional, comunitário e social; em outras palavras, a construção de uma imagem positiva por meio de um investimento que contribuiu diretamente para a melhoria da vida comunitária, provocando impactos positivos na comunidade. As organizações

> empresariais têm como tendência financiar atividades, dando preferência àquelas relacionadas com os bens e serviços que produzem ou comercializam. Hoje há uma preocupação no sentido de avaliar até que ponto as práticas de responsabilidade social de uma empresa são percebidas pelo consumidor e reforçam a sua marca e como desenvolver um planejamento integrado no qual as ações sociais sejam incorporadas à valorização da marca da empresa (RICO, 2004).

Importante frisar que a ideia de responsabilidade social está diretamente relacionada à ética nas relações. A ética define aquilo que é, teoricamente, bom para as pessoas, no condão de direcionar suas vidas de forma adequada em comunidade.

> **Ementa:** TRABALHADOR ACOMETIDO DE DOENÇA PROFISSIONAL. DISPENSA INJUSTIFICADA. **RESPONSABILIDADE SOCIAL** DA **EMPRESA.** DANOS MORAIS. - O ato de dispensa do empregado, logo após seu retorno do INSS, desprezando-se o tempo que lhe prestou serviço e contribuiu para a melhoria da atividade empresarial, não se constitui exercício de direito potestativo, e sim em exercício abusivo de um direito, por isso ilícito (art. 187, do NCC). A **responsabilidade** da **empresa** deve ir além do que dispõe a norma infraconstitucional, alcançando valores e princípios em prol do bem-estar da sociedade e, principalmente, dos seus trabalhadores, proporcionando-lhes qualidade de vida e existência digna (CF/88 , arts. 1º , IV , 170 , III e VIII). Faz-se, portanto, necessária a compensação pelos danos morais provocados, pois a dispensa do empregado sem levar em consideração o seu estado de saúde, sem dúvida, se traduz em atos ofensivos à honra, moral e dignidade do autor
> (TRT-19 - RECURSO ORDINÁRIO RECORD 685200800819007 AL 00685.2008.008.19.00-7 (TRT-19) Data de publicação: 28/07/2009).

A prática da responsabilidade social demonstra o grau de amadurecimento de uma empresa privada em busca do desenvolvimento sustentável. Neste sentido, para o Instituto Ethos a responsabilidade social é uma “forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais se relaciona”. Ou seja, a ética está no cerne da definição da responsabilidade social de uma empresa, que por sua vez, assume o adjetivo de sustentável quando une todos estes fatores.

Esta postura ética não é uma conveniência ou uma imposição, é também uma condição para a sobrevivência democrática da sociedade. O sistema econômico é um sistema que depende da criação da confiança. As relações sociais são baseadas em valores básicos como, dizer a verdade, responsabilidade pessoal e justiça.

Portanto, o que qualifica uma empresa como ética, são as escolhas boas (corretas) feitas livremente por seus empresários e funcionários, que devem ser auxiliadas pelo ambiente ético desenvolvido na empresa a partir de programas de formação em ética. Isto poderá auxiliar o combate a inversão de valores que existe atualmente. A tolerância com pequenos delitos, denominar de informal certas atividades econômicas que tecnicamente são ilegais, transformar o planejamento tributário de uma empresa em sonegação, corrupção e mentira, a aceitação de condutas ofensivas etc.

A ética empresarial é, portanto, o fio condutor da atividade empresarial, que reforça o compromisso econômico, social e ambiental das empresas. Diante disso, é possível concluir que o investimento em programas de ética na empresa é o ponto central para a concepção de uma nova economia de mercado, que respeita mais a pessoa e contribui para o crescimento econômico justo e solidário.

Juntamente com a ética, tem-se outro elemento necessário ao alcance da responsabilidade social: a transparência. A direção empresarial denota um sistema que assegura a todos os sujeitos da relação uma gestão organizacional com equidade, transparência, responsabilidade pelos resultados e respeito às normas impostas. Logo, a transparência relaciona-se à disponibilidade e livre acesso às informações da empresa.

Dando continuidade ao entendimento de responsabilidade, tem-se outro aspecto a ser observado: a sustentabilidade. Esta se refere à preservação de recursos naturais e culturais para as presente e futuras gerações.

O reconhecimento da sustentabilidade como um princípio jurídico de outros ramos do Direito, não só do Direito Ambiental, tais como o Direito Agrário, Minerário, Urbanístico, Administrativo, do Trabalho, do Consumidor, entre outros, revela a intenção de dotá-los de uma unidade teórico-normativa enquanto desdobramentos da unidade semântico-principiológica da Constituição Federal. Trata-se de um movimento que, a despeito de incipiente, merece ser louvado, haja vista que seu direcionamento para um tratamento interdisciplinar dos ramos do Direito promove a compatibilização racional dos objetivos, por vezes diversos, que áreas específicas do Direito perseguem. Compatibilização levada a cabo através de uma reconstrução da principiologia desses segmentos, que, como se sabe, foram construídas

sem necessariamente serem pautadas na preocupação com uma unidade de sentido constitucional – que tem como núcleo sustentador e irradiador de sentido a dignidade humana – para a qual devem agora se voltar.

Logo, de forma englobada, a responsabilidade é o meio para se atingir a função social da empresa, através da ética, da transparência, da sustentabilidade e do respeito às normas de conduta, a serem analisar a seguir.

A Norma ISO 26000 – Diretrizes para a responsabilidade social, tem como objetivo fornecer diretrizes para organizações, independentemente do porte ou área de atuação, relativas a: a) identificação de princípios de responsabilidade social; b) integração, implementação e promoção de práticas socialmente responsáveis; c) identificação e envolvimento de partes interessadas; d) divulgação do comprometimento organizacional e desempenho social; e) contribuição para o desenvolvimento sustentável.

A ISO 26000 dispõe, ainda, sobre a responsabilidade pelos resultados (*Accountability*), o comportamento ético, respeito pelos interesses dos *Stakeholders*, respeito ao Estado de Direito, respeito às normas internacionais de comportamento, respeito pelos direitos humanos e ser transparente a respeito:

> (1) da finalidade, natureza e localização das suas atividades; (2) da identidade de qualquer interessado em controlar as atividades da organização; (3) da maneira pela qual suas decisões são tomadas, implementadas e revistas, incluindo a definição dos papéis, responsabilidade, e autoridades de diferentes funções na organização; (4) das normas e os critérios com as quais a organização avalia seu próprio desempenho em matéria de responsabilidade social; (5) de sua atuação em questões de responsabilidade social relevantes e significativas; (6) das fontes, montantes e aplicação dos seus fundos; (7) dos impactos conhecidos e prováveis das suas decisões e atividades em seus parceiros, na sociedade, na economia e no meio ambiente; e finalmente, (8) de seus *stakeholders* e os critérios e procedimentos utilizados para identificá-los, selecioná-los e envolvê-los (INSTITUTO ETHOS).

A ABNT NBR 16001 – Responsabilidade Social e Sistema da Gestão implica a implantação de um sistema de gestão de responsabilidade social pela organização, além de outros benefícios tanto para a empresa, quanto para os clientes e a comunidade. Podemos citar: a valorização da empresa perante o mercado; a redução de riscos sociais, greves, acidentes de trabalho, e processos trabalhistas; implementação de valores organizacionais; transparência das práticas adotadas pela organização; valorização do fornecedor; maior facilidade de realização de parcerias; entre outros.

Essa norma aplica um conceito abrangente de responsabilidade social, incorporando as dimensões ambiental, econômica e social da sustentabilidade, bem como a participação dos sujeitos em todo o processo.

A Norma SA 8000 foi alicerçada nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho, na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e visa proporcionar: a) condições de trabalho adequadas; b) respeito aos direitos dos trabalhadores; c) alinhamento organizacional nos requisitos de responsabilidade social; d) trabalho em parceria com organizações trabalhistas e de direitos humanos; e) transparência das relações empregador x empregado x fornecedores x comunidade; f) padronização em todos os setores de negócio e em todos os países; g) incentivo que beneficie a comunidade empresarial e de consumidores por meio de uma abordagem na qual ambas as partes saiam ganhando.

A Norma AS 8000 está organizada em quatro seções, mas somente a seção IV introduz os requisitos de responsabilidade social a serem observados: 1) Trabalho infantil; 2) Trabalho forçado; 3) Saúde e segurança; 4) Liberdade de associação e direito à negociação coletiva; 5) Discriminação; 6) Práticas disciplinares; 7) Horário de trabalho; 8) Remuneração; 9) Sistema de gestão.

Portanto, a responsabilidade social também se vincula ao ambiente laboral adequado, livre de discriminação e que garanta ao trabalhador plenas condições de desenvolver seu ofício com liberdade e dignidade.

> **Ementa:** RECURSO ORDINÁRIO - REINTEGRAÇAO - EMPREGADO PORTADOR DE AIDS - **RESPONSABILIDADE SOCIAL** DA **EMPRESA.** Impossível colher prova mais robusta da discriminação contra o aidético do que sua dispensa imotivada, especialmente quando o exame demissional o considera apto para o trabalho. É a segregação silenciosa de quem busca livrar-se de um presumido problema funcional lançando o empregado portador do vírus HIV à conta do Poder Público e à sua própria sorte. Como participante de sua comunidade e dela refletindo sucessos e insucessos, ganhos e perdas, segurança e risco, saúde e doença, a **empresa** consciente de suas **responsabilidades** sociais atualmente já assimila o dever de colaborar na luta que amplamente se trava contra a AIDS e, através de suas lideranças, convenciona condições coletivas em que se exclui a exigência de teste HIV por ocasião da admissão no emprego ou na vigência do contrato, e veda a demissão arbitrária do empregado que tenha contraído o vírus, assim entendida a despedida que não esteja respaldada em comprovado motivo econômico, disciplinar, técnico ou financeiro.E isso sob o fundamento de que a questão envolve a vulnerabilidade da saúde pública, não podendo a categoria

> econômica furtar-se à **responsabilidade social** que inegavelmente detém. Além do mais, a inviolabilidade do direito à vida está edificada em preceito basilar (artigo 5º , caput,da Constituição Federal). Recurso a que se dá provimento (TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO RO 168200525302009 SP 00168-2005-253-02-00-9 (TRT-2). Data de publicação: 09/01/2007).

A responsabilidade social da empresa deve garantir, também, ao trabalhador, a sua manutenção de forma digna numa sociedade de massas. A empresa deve transgredir o âmbito interno de seu estabelecimento e atingir positivamente a vida de seus colaboradores nos aspectos mais básicos para a sua sobrevivência.

> **Ementa:** JORNADA DE TRABALHO. CONTROLES DE FREQUÊNCIA. NÃO APRESENTAÇÃO INJUSTIFICADA. SÚMULA 338 DO TST. CONTESTAÇÃO, DEPOIMENTO PESSOAL E TESTEMUNHAS PATRONAIS. CONTRADIÇÃO. HORAS EXTRAS E INTERVALO INTRAJORNADA. PAGAMENTO DEVIDO. O suposto extravio dos controles de frequência não ficou comprovado, não servindo a tanto a Comunicação Policial trazida aos autos, pois convenientemente efetivada apenas depois da intimação da reclamada para contestar a ação. Por sua vez, os depoimentos das testemunhas patronais mostram-se frágeis a provar a jornada obreira defendida pela **empresa,** pois além de contraditórios entre si, igualmente mostram-se contraditórios com a contestação e com o depoimento pessoal da ré, cabendo registrar que até este último apresenta contradição com a defesa relativa à jornada, circunstância apta, por si só, a mitigar a veracidade das alegações empresariais quanto à matéria. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO INDEVIDA. Restando claro ao Juízo "que a reclamada não tratou sua empregada, ora reclamante, com o respeito e zelo, dos quais é merecedor todo trabalhador, tendo aviltado a dignidade humana da reclamante, uma vez se viu desempregada e sem assistência médica no momento que mais precisava de tal assistência [...], outra não pode ser a conclusão deste Juízo no sentido de que a atitude da reclamada em deixar desassistida sua empregada em momento de doença não condiz com a **responsabilidade social** da **empresa** vislumbrada pelo ordenamento jurídico pátrio vigente" (Exma. Juíza Idalia Rosa Da Silva), impondo-se, assim, a manutenção da sentença no aspecto, inclusive quanto ao valor fixado para a indenização, pois atende ao princípio da reparação integral, é

> suficiente a dissuadir o causador do dano em eventos futuros e permite à vítima algum bem-estar capaz de minorar os efeitos maléficos da lesão à sua dignidade. Recurso conhecido e não provido.
> Página 2 de 295.410 resultados *(TRT-10 - Recurso Ordinário RO 00935201310210005 DF 00935-2013-102-10-00-5 RO (TRT-10). Data de publicação: 24/01/2014).*

Entende-se, portanto, que a função social, bem como a responsabilidade empresarial, são elementos indissociáveis, e que o desenvolvimento das metas da empresa guarda relação direta com o respeito necessário aos direitos e interesses comuns, da empresa e da sociedade, afastando-se totalmente a ideia de exploração voltada apenas ao lucro. O Estado e as empresas possuem o condão de assegurar os interesses coletivos, difusos, sem que haja prejuízo ao poder público, tampouco ao interesse dos particulares.

3. A função social da empresa pela Análise Econômica do Direito

Dentre os princípios norteadores da função social empresarial, citem-se: a Dignidade empresarial determina que, a atividade fim da empresa, para ser alcançada, deve cumprir, durante o percurso, tanto a sua função econômica quanto a função social. A atividade deve ser equilibrada e sem nenhum abuso econômico. A boa-fé empresarial afirma que a empresa deve contratar de forma justa, reunindo normas e princípios éticos, buscando o equilíbrio do livre mercado com os interesses sociais. E a dignidade da pessoa humana, como princípio constitucional básico aplicado às normas de direito privado, e como afirma Kant, "moralidade e dignidade são as únicas coisas que não têm preço".

Logo, surge o paradigma da função social, a partir de uma visão econômica em contrapartida da visão social. Para a análise econômica do Direito, a empresa possui uma função social, mas não uma função de assistência social (filantropia). A função social jamais poderá ocupar a função econômica da empresa. Pois empresa sem lucro não sobrevive, deixa de funcionar.

Criou-se, por Adam Smith, a lendária expressão "mão invisível", ao fazer-se alusão aos efeitos de um mercado livre, no qual não haja intervencionismo, o que seria, para ele, suficiente para regular os preços em prol de uma justa concorrência.

De fato, esta obra de Adam Smith é, em muito, questionada por integrantes da Análise Econômica do Direito (AED), porém, é, sim, a base para o desenvolvimento de ideologias doutrinárias que pregam a não intervenção do Estado, salvo as hipóteses em que se constatem falhas no mercado, as quais, por sua vez, não eram tratadas por economistas pertencentes ao século XVIII.

Ronald Coase, em 1937, publicou o seu artigo denominado "The Nature of the Firm", pelo qual afirmou que as sociedades empresárias devem ser tidas como entidades que pertencem ao sistema econômico em si, ao passo que, sua existência, só se justificaria devido à presença dos "custos de transação".

Deste modo, as sociedades empresárias só se justificariam pelo fato de que os agentes consideram que realizar o máximo de operações dentro de uma mesma organização econômica, evitaria a ocorrência de acréscimos desnecessários, tais como os custos para elaboração de cláusulas contratuais.

Passou-se, então, a uma abordagem econômica das instituições, o que acarretou na posterior criação do movimento conhecido como "Nova Economia Institucional". Em que pesem os relevantes estudos feitos anteriormente, de fato, é a partir da década de 1960 que o movimento da Análise Econômica do Direito é tido como fundada.

Na obra de Guido Calabresi, procurou-se demonstrar a importância da análise dos impactos econômicos quando da alocação de recursos, visando-se a regulação da responsabilidade civil, no âmbito legislativo ou judicial.

Insta mencionar que o Realismo Jurídico pregava que o Direito seria exatamente aquilo que é estabelecido pela Corte. Ou seja, importa mais o pragmatismo, em sua aplicação prática. Deste modo, a partir das práticas jurídicas, os adeptos do Realismo Jurídico aduziam que um caso específico poderia ser resolvido de várias formas, em consonância com o quê o Tribunal fixasse, tendo em vista que a metafísica e/ou o formalismo, muito embora façam parte do estudo jurídico, não possuíam utilidade prática.

Pode-se afirmar que as críticas ao movimento da Análise Econômica do Direito resumiam-se em questionar o fato de que, se o objetivo da AED é a eficiência, não se poderia propor essa ideia em relação aos direitos de propriedade, eis que sempre existiria uma hipótese na qual os recursos pudessem ser alocados de forma mais eficiente. Tal crítica ficou conhecida como "Tese Circular da Eficiência".

Ademais, outra pertinente crítica ao movimento, baseava-se no fato de que não seria plausível colocar-se em questionamento a eficiência, tendo em vista que não seria possível fixar, com antecedência, os custos possíveis quando da alocação de todos os recursos em prol de um patamar considerado mais eficiente.

Logo, a própria tentativa poderia resultar em uma alocação menos eficiente dos recursos, pois não se poderia prever, antes, o custo necessário. Em que pesem as construtivas críticas à Análise Econômica do Direito, fato é, que, cada vez mais, clama a sociedade leiga e jurídica por métodos técnicos e razoáveis que possibilitem sejam enfrentadas questões jurídicas de modo a se

alcançar, efetivamente, maior e melhor bem-estar possível, menor prejuízo à sociedade como um todo, maximização das riquezas, maximização dos interesses, melhor e mais eficiente alocação aos recursos escassos existentes.

Daí o porquê imperioso se faz compreender a Análise Econômica do Direito e sua aplicação. Portanto, a Economia é justamente a ciência que estuda e analisa todas as relações que se voltam no sentido de ordenar e também administrar a utilização dos recursos, tendo em vista que estes são escassos.

Vilfredo Pareto, um dos principais representantes da análise econômica do Direito, desenvolveu a Teoria da Eficiência ou Ótimo de Pareto, que pressupõe a existência de três premissas para que uma situação, no caso original uma economia, possa ser considerado eficiente: a) eficiência nas trocas; b) eficiência na produção; c) eficiência no mix de produtos. Para Pareto, a empresa cumpre sua função social quando atinge os seus objetivos, promovendo a manutenção ou crescimento de riqueza em seu entorno, sem que nenhuma das partes tenha incorrido em prejuízo.

Destacam-se, também, os estudos realizados por Richard Posner e Adam Smith que, com sua expressão "mão invisível" faz alusão aos efeitos do mercado livro, no qual não há intervencionismo, o que seria, teoricamente, suficiente para regular os preços em prol de uma justa concorrência. Adam Smith trata, ainda, da escolha racional, da eficiência, das falhas do mercado e dos custos das transações.

A "teoria dos jogos" não seria uma premissa, mas, sim, um instrumento utilizado pela análise econômica do Direito de modo a auxiliar, compreender, e até prevenir possíveis comportamentos dos agentes em conflitos de interesses. A partir do momento em que se verifica que as decisões de um agente seriam influenciadas pela atitude esperada do outro agente na relação, forma-se o comportamento estratégico com base no conhecimento das regras do jogo. De acordo com a Teoria dos jogos, a norma é vista apenas como subsídio para que se trace o comportamento do indivíduo, pois este, ao saber as regras do jogo, decide qual a forma mais interessante de atuar, cumprindo ou não a lei.

A lei induz os comportamentos e impõe que a análise econômica do Direito seja feita, para se agir com lógica e racionalidade, em assuntos jurídicos que possibilitem decisões eficientes. Portanto, de acordo com a análise econômica do Direito, a opção por uma solução e não pela outra dá-se a partir da escolha daquela que, em determinado contexto social, esteja fundamentada nas leis que regem as relações comerciais, de modo a proporcionar o maior bem-estar, maior maximização de riquezas e interesses, mediante real eficiência na alocação dos recursos escassos.

4. O Capitalismo Humanista

Os estudos sociais apontam que a razão de ser da empresa não é produzir lucros nem fazer com que seus acionistas enriqueçam. A missão da empresa é produzir e distribuir bens e serviços bem como criar empregos. Quanto ao lucro, a sociedade considera-o legítimo, entendendo-o como a justa recompensa a ser recebida pelos investidores que aceitam correr o risco de aplicar seu capital em um empreendimento produtivo.

Não há dúvidas na contínua relação entre Economia e Direito, sem possibilidade de exclusão de uma realidade pela outra, a demandar na sociedade da comunicação entre as regras econômicas e jurídicas, ambas, voltadas à conformação do comportamento humano. Direito e economia possuem intersecções, integram-se, e, também, conflitos, devendo ser considerados como aspectos de uma realidade unitária e historicamente condicionada; não é possível a consideração isolada e de forma autorreferencial.

Utiliza-se de Aristóteles para trazer a ideia de justiça econômica, que se constitui na autonomia das relações econômicas, vista com independência das relações sociais e políticas, assim como é calcada na transposição dos valores éticos e morais às relações econômicas, partindo da máxima de que o homem detém natureza social.

Uma característica essencial da justiça econômica seria o "preço justo", isto é, o equilíbrio nas trocas mercantis para que os valores relativos às mercadorias e aos serviços não dependam exclusivamente do mercado, da oferta e da procura, e sejam estabelecidos por meio das tradições e dos costumes da sociedade.

Outra face da justiça econômica, que se desenvolve pela compreensão da justiça distributiva, seria a divisão do produto global entre os integrantes da sociedade, a fim de evitar a acumulação de riquezas de um lado e não comprometer a subsistência dos menos favorecidos de outro.

Os valores cristãos, na qualidade de crença religiosa mundialmente mais professada, são imanentes à civilização ocidental e calcados na máxima do "amo ao próximo", o que fundamenta, inclusive, a fraternidade. A doutrina social da igreja busca fixar princípios e diretrizes gerais aos cristãos católicos, desenvolvendo-se, primordialmente, no século XIX, com o escopo de ser instrumento de evangelização, na tentativa de levar o homem para a sua salvação.

Contudo, a principal e latente consequência natural da adoção do sistema capitalista são as desigualdades geradas pelo acúmulo de riquezas, enquanto uma parcela expressiva da sociedade se vê alijada do mercado de

consumo. A desproporção na distribuição de renda é o mais cruel efeito, porquanto aperfeiçoa dificuldades periféricas como a violência e a própria luta de classes.

Um interessante ponto de conflito entre o econômico e o jurídico encerra a realização dos direitos fundamentais, direitos humanos em sua maior parte, e os limites da "reserva do possível" – limitações econômicas na realização de direitos sociais. Com isso, aclara-se a impossibilidade da desconsideração do econômico, não obstante os vários resultados possíveis na hipótese, inclusive aqueles diversos da lógica economicista (SARLET, 2006, p. 298-303).

A herança dos postulados da justiça cumulativa nos dias atuais é amplamente verificada, em especial no campo contratual. Recentes previsões legais preveem cada vez mais o equilíbrio dos contratos em contrapartida à ideia da *pacta sunt servanda*. Com efeito, o direito contratual brasileiro também se orienta conforme à justiça cumulativa, como acontece, por exemplo, na legislação consumerista que prevê de forma expressa a nulidade de cláusulas abusivas.

Por certo, ao trazer valores e éticas às relações comerciais, especialmente considerando o "preço justo" e a equânime distribuição de renda, tem-se que a adoção da justiça econômica, natural e implicitamente, acarretaria a garantia de forma mais ampla dos direitos humanos. Prega-se, então, que não existe antagonismo entre o progresso econômico e a dignidade da pessoa humana e, que, havendo conflito na solução de tal equação, cujo resultado é sempre a justiça econômica substancial, se deverá adotar a lei universal da fraternidade como critério de solução.

> O capitalismo humanista ao integrar os direitos humanos no plano nacional e internacional na ordenação da ordem econômica encerra o paradigma adequado para a consecução e realização dos mandamentos constitucionais incidentes pela implantação da economia humanista de mercado, com vistas à concretização e satisfatividade dos direitos humanos de primeira, de segunda e de terceira dimensão (SAYEG, 2009, p. 142).

Os adeptos da teoria do capitalismo humanista sustentam que a lei universal da fraternidade é imanente e deve ser aplicada indiscriminadamente. Contudo, há visões distorcidas da fraternidade, aliando seu conceito à religião, bondade, sacrifício pessoal ou assistencialismo. A fraternidade implica aplicação dos direitos humanos a todos os sujeitos e orienta toda e qualquer relação jurídica.

Desse modo, a dignidade da pessoa humana com a criação de igualdade de oportunidades, será conformada, constituindo a perspectiva de um novo sistema econômico e social, denominado Capitalismo Humanista. O caminho perpassa, necessariamente, pela adoção de decisões e políticas públicas pautadas na fraternidade.

Conclusão

A atividade econômica passou por uma reestruturação quanto aos seus objetivos. A missão das empresas, hoje, guarda um viés social. O segundo setor dispõe de duas preocupações: a consecução do fim lucrativo, bem como o desenvolvimento da sociedade.

Esta mudança de mentalidade foi fruto do entendimento e conscientização dos direitos fundamentais, direitos estes voltados à proteção da dignidade humana, da solidariedade e da preocupação com a figura do outro, o sentimento de empatia.

Ao caráter social da empresa deu-se o nome de função social e o instrumento hábil ao exercício dessa função seria a responsabilidade social empresarial. Tal responsabilidade encontra guarida nas legislações internacional, nos pactos e tratados, bem como receptividade pela Constituição Federal Brasileira.

Logo, a empresa socialmente responsável tornou-se aquela que teria um olhar voltado para questões como cidadania, ética, sustentabilidade, entre outras características que a destacaria no mercado, através de certificações e selos, diferenciando-a das demais que se preocupavam eminentemente com o lucro.

A responsabilidade também pôde ser visualizada internamente na empresa, ao passo que os empresários enxergaram a necessidade de capacitar seus funcionários, através de cursos de reciclagem e especialização, bem como gerar um meio ambiente laboral agradável e higiênico, com a possibilidade do bem-estar entre seus colaboradores. Afinal, o empregado feliz produz mais.

Sim. A função social é outro artifício para o enriquecimento da empresa. É bem verdade que as ações de responsabilidade também geram lucro para o segundo setor, através da captação de novos clientes, o recebimento de incentivo do poder público e abatimento no recolhimento de tributos.

E não apenas lucro para a empresa, mas também, para o Estado. Por meio do exercício da atividade econômica há o recolhimento tributário que alimenta os cofres públicos, o que também pode ser encarado como resultado da função social.

Conclui-se, então, que é possível uma empresa exercer uma produção responsável, sustentável, se preocupar com o todo social e ainda, assim, gerar lucro, circular riquezas e prosperar no mercado de consumo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** (trad. Virgilio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES. **A política.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

AYRES BRITTO, Carlos. **O humanismo como categoria constitucional.** Belo Horizinte: Fórum, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. A nova interpretação constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

_____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 110.250(2010/0016441-3).** Recorrente: VIPLAN - Viação Planalto Ltda. Recorrido: Viação Aérea São Paulo S/A VASP e outros. Relator: Ministra Fátima Nancy Andrighi. Brasília, 08 set. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais.** Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **Função Social da Propriedade dos Bens de Produção.** Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 63, p. 71-79, 1986.

_____. **Estado, Empresa e Função Social.** São Paulo, RT 732, p. 38-46, 1996.

DENSA, Roberta. **Interesses transindividuais:** fronteiras contemporâneas entre o direito público e o privado e repercussões práticas nas ações coletivas. Direito e administração pública. São Paulo: Atlas, 2013. p. 225-245.

DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil –** Processo Coletivo. 6ª edição. Salvador: JusPodivm, 2011.

DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of Rights.** NY: Oxford University Press, 1984.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese.** São Paulo: Perspectiva, 1987.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do Direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1988.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica.** 11. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos direitos difusos. **Revista de Processo,** n. 97, p. 9. Jan./mar. 2000.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

INSTITUTO ETHOS. **O que é RSE?** 2010. Disponível em: <http://www1.ethos.org.br/EthosWeb/pt/29/o_que_e_rse/o_que_e_rse.aspx>. Acesso em: 2 maio de 2014.

_____. **ISO 26000. Norma Internacional de Responsabilidade Social.** 2010. Disponível em: < http://www.ethos.org.br/iso26000/>. Acesso em: 2 maio de 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos –** conceito e legitimação para agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luis Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENEZES, Wagner; et al. Direito internacional, empresa e sustentabilidade. ln: SILVEIRA; Vladmir Oliveira da; MEZZAROBA, Orides (Coord.); MAILLART, Adriana S.; COUTO, Monica Bonetti Couto et al. (org.). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do Direito**. Coleção: Justiça, Empresa e Sustentabilidade [vol. 2]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 354-366.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. **O espírito das leis.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NALINI, José Renato. Sustentabilidade e ética empresarial. ln: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZAROBA; Orides (Coord.); MAILLART, Adriana S. COUTO. Monica Bonetti Couto et al (org.). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do Direito**. Coleção: Justiça. Empresa e Sustentabilidade [vol. 2]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 119-143.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo.** São Paulo: Método, 2012.

NUNES JR., Vidal Serrano. **Manual de Direitos difusos.** São Paulo: Verbatin, 2009.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o Direito constitucional internacional.** 15. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2015.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of Law.** New York: Aspen, 2003.

PRADE, Pericles. **Conceito de interesses difusos.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito:** ajustada ao novo Código Civil. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RICO, Elizabeth de Melo. A responsabilidade social empresarial e o Estado: uma aliança para o desenvolvimento sustentável. **São Paulo Perspectiva.** São Paulo, v. 18, n. 4, dec. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000400009>. Acesso em: 2 de maio de 2014.

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini. Direitos humanos e empresa privada no Brasil. ln: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZAROBA, Orides (Coord.); MAILLART, Adriana S.; COUTO, Monica Bonetti Couto et al (org.). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do Direito. Coleção:** Justiça, Empresa e Sustentabilidade [vol. 2]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 294-307.

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; BENACCHIO, Marcelo. A efetivação dos direitos humanos sociais no espaço privado. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo. **A problemática dos direitos humanos fundamentais na américa latina e na Europa.** Joaçaba: Unoesc, 2012.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista.** Petrópolis: KBR, 2011.

SAYEG, Ricardo Hasson. O capitalismo humanista no Brasil. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos:** conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, n 92, p. 33-50, abr 2003.

_____. A função social do contrato: Conceito e critérios de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 42 n. 168, p. 201, out./dez., 2005.

O ESTADO DE DIREITO INTERNACIONAL NA CONDIÇÃO PÓS-MODERNA: a força normativa dos princípios de Ruggie sob a perspectiva de uma Radicalização Institucional

THE RULE OF INTERNATIONAL LAW IN THE POSTMODERN CONDITION: the normative force of the Ruggie principles from the perspective of an Institutional Radicalization

Ana Cláudia Ruy Cardial[61]
Arthur Roberto Capella Giannattasio[62]

RESUMO

Os Princípios Ruggie foram adotados em 2011 por uma Resolução do Conselho de Direitos Humanos da ONU e estabelecem parâmetros para a proteção dos Direitos Humanos por empresas transnacionais. Por serem considerados s*oft law*, aponta-se como crítica aos princípios seu caráter não-obrigatório. Diante desse diagnóstico tradicional, afirma- se que esse limite é superável apenas mediante a adoção de um Tratado Internacional. Consciente da condição Pós-Moderna do Direito Internacional, este texto problematiza tal crítica e propõe um encaminhamento teórico e aplicado novo. A partir de uma pesquisa qualitativa baseada em análise documental de fontes primárias e secundárias, bem como em literatura jurídica crítica do Direito Internacional, argumenta-se que a carência de força normativa dos Princípios Ruggie deriva, não de serem *soft law*,

61 Doutoranda e Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Internacional Público e Direitos Humanos pela Universidade de Copenhague, Dinamarca. Professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie (FD/UPM). Membro da International Law Association (ILA). Advogada em São Paulo.

62 Doutor em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo Largo São Francisco (FD/USP). Professor Doutor em Tempo Integral da Faculdade de Direito da Universideade Presbiteriana Mackenzie (FD/UPM) e Professor Convidado do Global Law Program da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Foi Professor Visitante Convidado do LL.M (Master of Laws) da Faculdade de Direito da Koç University (Turquia).

mas da incapacidade de imaginar instituições internacionais novas que suportem de forma prática a radicalização integral exigida pela pluralização contemporânea de sujeitos de Direito Internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos e Empresas. Direito Internacional Pós-Moderno. Princípios Ruggie. Estado de Direito Internacional. Soft law e Hard law.

ABSTRACT
The Ruggie Principles were adopted in 2011 by a resolution of the UN Human Rights Council and they set parameters for the protection of Human Rights by Transnational Companies. Regarded as soft law, those principles are usually criticized due to its non- binding nature. Given this traditional diagnosis, it is stated that this limit is only surmountable through the adoption of an International Treaty. Being aware of the Postmodern condition of International Law, this text disagrees with such criticism and proposes a new theoretical and applied solution. The text is based on a qualitative documental research of primary and secondary sources and on critical literature of International Law. It argues that the lack of normative force of the Ruggie Principles derives, not from their soft law status, but from the failure to imagine new international institutions to support practically the institutional radicalization required by contemporary pluralization subjects of International Law.

KEYWORDS: Business and Human Rights. Postmodern International Law. Ruggie Principles. Rule of International Law. Soft law and hard law.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Empresas como Sujeitos de Direito Internacional. 2. *Soft Law* e *Hard Law*: Os Princípios Ruggie e o Tratado Internacional sobre Direitos Humanos e Empresas. 3. Eficácia da Norma Jurídica de *Soft Law*: Evidências Empíricas e Breve Avaliação Teórica a partir da Experiência Brasileira. 3.1. O Brasil e os Princípios Ruggie. 3.2. Por uma Nova Dinâmica Organizacional Jurídica Internacional: A Plena Inclusão das Empresas e a Efetividade de Mecanimos de *Soft Law.* Conclusão. Referências.

Introdução

A narrativa jurídica internacional do pós-Segunda Guerra Mundial é caracterizada pela presença de três pilares fundamentais: Desenvolvimento, Direitos Humanos e Segurança (DDHS) (RAJAGOPAL, 2008). A nova configuração da organização jurídica das relações internacionais no modelo de cooperação (FRIEDMANN, 1964) apenas garantiria a realização de sua missão de preservar paz e segurança internacionais por meio do pleno atendimento desses três pilares. Estes seriam objetivos que caminhariam lado a lado e que deveriam ser igualmente visados na condução jurídica das relações internacionais (CASELLA, 2008; RAJAGOPAL, 2008).

Reconhecida originalmente em caráter declaratório e não vinculante em 1948, a previsão de mecanismos jurídicos universais vinculantes destinados a assegurar internacionalmente a proteção do ser humano ocorre na década de 1960 com os dois Pactos Internacionais e seus respectivos protocolos opcionais (DELMAS-MARTY, 2004). A década de 1990 é marcada por um reforço institucional desse novo Direito Internacional – o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), o qual busca uma maior base de legitimidade internacional universal e um aperfeiçoamento jurídico-internacional institucional e conceitual que redimensionou conceitos clássicos do Direito Internacional (DELMA-MARTY, 2004; HARDT; NEGRI, 2000; RAJAGOPAL, 2008), como a não-intervenção em assuntos internos. Nos anos 2000 e 2010, o discurso do Direito Internacional dos Direitos Humanos aprofunda inovações jurídico-institucionais repressivas (RAJAGOPAL, 2008) e preventivas (CUNHA, 2015) que reestruturam outros preceitos clássicos de Direito Internacional, como a auto-determinação dos povos.

É nesse mundo em transformação que há uma modificação dramática do Direito Internacional (DI) e de seus preceitos de base (CARRILLO SALCEDO, 1985). Ao lado dos mandamentos de Desenvolvimento e de Segurança, a afirmação histórica do DIDH perpassa um processo de profunda afirmação jurídica-institucional que não apenas ressignifica o vocabulário do Direito Internacional, como também procura estabelecer uma nova gramática para ele (CASELLA, 2008).

A expansão da tríade DDHS parece ter avançado a passos largos, em grande parte motivada pela verticalização da lógica do DIDH (RAJAGOPAL, 2008). O DIDH impulsiona, assim, um movimento macro de transformação profunda das formas de organização jurídica das relações internacionais na Pós-Modernidade (CASELLA, 2008; DELMAS--MARTY, 2004; FARIA, 2008; POLLACK;

SHAFFER, 2001): novos sujeitos, novas instituições, nova dinâmica relacional internacionais, novos conceitos, limitação dos velhos conceitos para maximizar a capilarização biopolítica do DIDH (HARDT; NEGRI, 2000).

É no interior desse quadro histórico e teórico que se localiza o presente texto. Argumenta-se, dessa forma,que o DIDH em sua relação com os Princípios Ruggie implicam: (i) o acirramento da mutação das categorias tradicionais do DI, abrangendo (a) a pluralização de sujeitos de DI (agentes privados corporativos), (b) a valorização de formas não-tradicionais de realização do Direito Internacional (*soft law*), e (ii) a necessidade de repensar os modos de realizar a dinâmica da organização jurídica das relações internacionais mediante mecanismos que tornem esse mandamento jurídico efetivo, sem que ele, enquanto soft law, perca sua qualidade de *rule of International Law.*

Este texto está dividido em três partes. A primeira salienta que a condição Pós--Moderna do Direito Internacional permite atribuir a empresas transnacionais a condição de sujeito de DI, a partir da compreensão de que o *rule of International Law* procura absorver atores internacionais com influência global abrangente em diferentes espaços nomogenéticos. A segunda indica que a regulação jurídica internacional desses novos atores globais pelos Princípios Ruggie reproduz a afirmação histórica do DIDH para empresas e frisa o caráter de *soft law* da vinculação jurídica dessas novas entidades ao DIDH. A partir da avaliação da experiência brasileira atual, a terceira parte apresenta os limites institucionais enfrentados por essa modalidade regulatória e propõe uma reavaliação das possibilidades de efetivação de tais mandamentos de *soft law* a partir de uma nova dinâmica organizacional do DI sensível à particularidade desses novos sujeitos de DI.

O presente texto deriva de uma pesquisa qualitativa baseada em análise documental de fontes primárias e de fontes secundárias. O método de coleta se centrou em (i) fontes primárias (Documentos e Relatórios da ONU e da CDH/ONU, Resoluções do CDH/ONU, Planos Nacionais sobre Direitos Humanos e Empresas) e (ii) fontes secundárias (literatura jurídica nacional e internacional pertinente) relativas à história e ao conteúdo dos Princípios de Ruggie. O método de interpretação deriva principalmente de fontes secundárias que tratam (i) da condição Pós-Moderna na Epistemologia e no Direito Internacional, (ii) de uma leitura crítica sobre o Direito Internacional Contemporâneo, e (iii) da relação entre Direito Internacional e Filosofia Política.

1. Empresas como Sujeitos de Direito Internacional

O discurso do *rule of International Law* é caracterizado pela preocupação em assegurar a prevalência de uma lógica de estado de Direito na condução das relações desenvolvidas no plano internacional (NASSER, 2015). Enquanto mecanismo de organização jurídica das relações internacionais, o DI se apresenta como caixa de ferramentas preocupadas com a construção de desenho institucional apto de estabelecer um sistema de convivência transfronteiriça conflitiva que, por sua vez, não desencadeie conflitos armados (GIANNATTASIO, 2015a).

O jurista deve se ocupar em compreender quais entidades foram selecionadas pelo Direito como sujeitos de Direito, a fim de identificar quais delas recebe uma significação jurídica[63] (KELSEN, 2000). Nesse sentido, como todo aparato jurídico, enquanto repositório de soluções institucionais para estabelecer essa organização jurídica das relações internacionais, o DI destina seus mandamentos a sujeitos de DI.

Em outras palavas, se sujeitos de Direito são ponto geométrico de atribuição de direitos, deveres e responsabilidades (KELSEN, 2000), o DI atribui uma significação jurídica (lícito, ilícito, responsável, …) a entidades por ele reconhecidas como tendo um impacto na vida internacional isto é, em um espaço que ultrapassa limites nacionais fixos.

A impermeabilidade das fronteiras na definição da abrangência (início e fim) de um espaço nacional *versus* um espaço internacional é uma ficção do pensamento jurídico Moderno que constituiu o Direito Internacional westfaliano (FARIA, 2008; GROSS, 1948; HABERMAS, 2001; HARDT; NEGRI, 2000; KUNTZ, 2003). A consciência da condição Pós-Moderna do Direito Internacional (CASELLA, 2008) revela, contudo, que se essa delimitação algum dia fez sentido (LATOUR, 1994), hoje certamente ela não mais faz (ANDERSON, 1999; DELMAS-MARTY, 2004; LYOTARD, 1979).

A consciência da permeabilidade das fronteiras nacionais permite reconhecer que a vida jurídica internacional compreende espaços globalizados, isto é, espaços nomogenéticos públicos e privados, dentro ou fora de limites nacionais, que são origem, vetor ou destino de influências globais abrangentes jurídicas, políticas, econômicas, sociais e culturais

63 Recusa-se aqui uma concepção naturalista que compreende a condição de sujeito de Direito como derivada de uma essência natural dos sujeitos (KELSEN, 2000, 2005). Ao reconhecer no argumento positivista a perspicácia de apontar que é o Direito fruto de um ato de Poder (GIANNATTASIO, 2015a, 2015b) quem seleciona seus próprios sujeitos de Direito (seres humanos versus animais, não escravos versus escravos), o presente texto assume uma perspectiva crítica sobre essa seletividade também no Direito Internacional.

em relação a outros espaços (CASELLA, 2008; FARIA, 2008; DELMAS-MARTY, 2004; HARDT; NEGRI, 2000; KOSKENNIEMI, 2007; KUNTZ, 2003; NASSER, 2015).

Há uma pluralização de espaços que se multiplicam e que se sobrepõem regulatoriamente, os quais são ocupados e manejados por diferentes atores que se projetam globalmente de forma abrangente[64]. Tal pluralização de espaços e de atores se constata na percepção de que as atividades que exercem tal influência global abrangente ocorrem não apenas no interior de atividades intergovernamentais diplomáticas entre Estados. Elas também se desenvolvem dentro de uma lógica paradiplomática isto é, fora do ambiente da *high politics* estatal, a qual se move por incentivos distintos mas não necessariamente contrários aos da diplomacia (CORRÊA; CASTRO, 2015).

Realizada em paralelo às negociações diplomáticas intergovernamentais, a paradiplomacia se revela em atividades transgovernamentais e em atividades transnacionais (POLLACK; SHAFFER, 2001). As atividades transgovernamentais são realizadas por agentes burocráticos estatais em atividades técnicas dentro de Organizações Internacionais (FARIA, 2008; FRIEDMANN, 1964; HABERMAS, 2001) ou em redes públicas regulatórias estabelecidas por Tratados Internacionais de geometria variável (FARIA, 2008; HABERMAS, 2001; SLAUGHTER, 2005). As atividades transnacionais são realizadas por agentes privados (ONGs ou empresas transnacionais) considerados como motores de desenvolvimento de países não desenvolvidos mediante sua atuação normativa, fiscalizatória ou empreendedora social ou corporativa (CORRÊA; CASTRO, 2015; FARIA, 2008; HARDT; NEGRI, 2000; POLLACK; SHAFFER, 2001).

O reconhecimento dessa condição pós-moderna de pluralização de atores sugere o discurso sobre a extensão do *rule of International Law* para empresas transnacionais. Afinal, diante de sua atuação transnacional de profunda influência abrangente – Direito, Política, Economia, cultura, busca-se construir a convicção de que elas devem se tornar sujeitos de Direito Internacional para se tornarem também sujeitos ao Direito Internacional.

Para tanto, basta que seja prevista uma norma jurídica internacional que, imbuída dessa convicão, torne tais entidades pontos geométrico de atribuição de deveres perante o Direito Internacional no caso, de deveres de

64 Perceba-se que aqui se pretende agregar ao argumento econômico de reconhecimento de novos atores internacionais um argumento simbólico político, cultural e social e, principalmente, jurídico. Com isso, são atores internacionais relevantes não apenas aqueles que detêm a possibilidade de exercer abuso de posição econômica dominante e, com isso, produzir globalmente efeitos materiais positivos ou negativos (CARDIA, 2015, p. 58-9), mas também todos aqueles cuja atuação global possa implicar uma influência global simbólica em termos políticos, sociais e culturais (HARDT-NEGRI, 2000, p. 312-3), bem como uma circulação de modelos organizacionais de caráter jurídico (DELMAS-MARTY, 2004; FARIA, 2008, p. 36-7; HENSON-HUMPHREY, 2010).

proteger e respeitar os Direitos Humanos, além de prover mecanismos para facilitar a reparação em casos de violação. Todavia, para a efetividade desse novo discurso, é importante compreender a qualidade da vinculação jurídica oferecida pela normatização vigente sobre o tema.

2. *Soft Law* e *Hard Law*: Os Princípios Ruggie e o Tratado Internacional sobre Direitos Humanos e Empresas

A preocupação da ONU com a proteção dos direitos humanos diante das atividades desempenhadas pelas empresas transnacionais remonta à década de 1970. Nessa época ocorreram as primeiras discussões sobre a elaboração de uma norma ensejadora de padrões de conduta àqueles sujeitos (KINLEY; TADAKI, 2004, p. 948--949).

Em 1974, o Conselho Econômico e Social da ONU lançou o Programa sobre Empresas Transnacionais, dotado de dois órgãos de apoio: a Comissão sobre as Empresas Transnacionais e o Centro das Nações Unidas sobre Empresas Transnacionais (AMAO, 2011, p. 32). O mencionado projeto teve duração até o ano de 1992. Anos antes, a Comissão aprovou o primeiro Projeto de Código de Conduta das Nações Unidas sobre Empresas Transnacionais, o qual não entrou em vigor.

As discussões sobre o tema foram retomadas no ano 2000, quando foi pensado o Pacto Global uma iniciativa voluntária constituída por dez princípios que deveriam ser incorporados às atividades das empresas transnacionais que o adotassem (ROUCOUNAS, 2002, p. 318-319). Tais princípios não delimitavam, contudo, quais seriam as punições às empresas que a eles aderissem e não cumprissem com suas disposições, o que despertou a crítica de defensores de uma maior proteção dos indivíduos decorrente da atividade empresarial (KINLEY; TADAKI, 2004, p. 951)[65].

Em 2003, foi estabelecida uma nova tentativa de implementar normativa relacionada à proteção aos direitos humanos pelas empresas com o estabelecimento. Esta foi iniciada pela Subcomissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos da ONU, das Normas de Responsabilidade para as Corporações Transnacionais e Outras Empresas Privadas no que diz respeito aos Direitos Humanos (ONU, 2003). Suas disposições, contudo, jamais foram aplicadas pela sociedade internacional (CARDIA, 2015, p. 139).

65 Atualmente, a rede estabelecida em 2000 conta com a participação de mais de oito mil empresas e outras organizações localizadas em 170 Estados (UN GLOBAL COMPACT, 2016).

Em 2005, o então Secretário-Geral das Nações Unidas nomeou o professor de Harvard John Ruggie para o cargo de Representante Especial do Secretário--Geral das Nações Unidas sobre a questão dos direitos humanos e as corporações transnacionais e outras empresas de negócios. A partir daquele momento, John Ruggie foi incumbido de encontrar os principais entraves da adoção, pelos Estados e pelas empresas, de normas relacionadas à proteção dos direitos humanos nas atividades empresariais.

Em 2011, foram apresentados ao Conselho de Direitos Humanos da ONU (ONU, A/HRC/17/31, 2011) os Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos (Princípios Ruggie), oficialmente estabelecidos por consenso pela Resolução A/HRC/17/4 (ONU, 2011) e incorporaram os parâmetros "Proteger, Respeitar e Reparar"[66]. Tais princípios seriam aplicáveis tanto aos Estados quanto às empresas transnacionais, resultantes de um processo incomum de política global (RUGGIE, 2014, p. 13).

Os Princípios Ruggie adotados em 2011 configuram-se como *soft law*, pois suas disposições não vinculam juridicamente os Estados que os adotaram. Contudo, apesar da criação das normas de *soft* law, em 2014, na 26ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, foi aprovada, por maioria de votos[67], a Resolução A/HRC/26/L.22/Rev. 1 (ONU, 2014), com o fim de criar um tratado internacional que efetivamente vinculasse Estados e empresas (CARDIA, 2015, p. 174).

A Resolução estabeleceu o marco inicial para as discussões sobre o tratado internacional a partir da 30ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, não estipulando uma data limite para apresentação de propostas concretas e finais. Em julho de 2015, em obediência aos termos da Resolução A/HRC.26/L.22/Rev. 1, teve lugar a Primeira Sessão do Grupo de Trabalho intergovernamental para a elaboração do tratado em referência[68] (UNITED NATIONS, 2016). A Segunda Sessão deverá ocorrer

66 Em sua divisão, são delimitados inicialmente os princípios gerais; em seguida, os princípios 1 a 10 estabelecem os deveres dos Estados com relação à proteção dos direitos humanos; os princípios 11 a 24 delineiam a responsabilidade das empresas na proteção desses mesmos direitos; e os princípios 25 a 31 tratam do acesso aos mecanismos de reparação no caso de violações aos direitos humanos cometidas pelas empresas nos Estados em que estão instaladas (CARDIA, 2015, p. 153-4).

67 Votaram favoravelmente à Resolução 20 (vinte) Estados, dos quais África do Sul, China, Índia e Rússia. 14 (catorze) Estados votaram negativamente, dos quais Alemanha, Áustria, Coreia do Sul, Estados Unidos, França e Reino Unido. 13 (treze) Estados se abstiveram, dos quais Argentina, Brasil, México e Arábia Saudita (CARDIA, 2015, p. 173-174).

68 Discutiu-se na primeira sessão, dentre outras questões, o estabelecimento de remédios efetivos para as vítimas das violações aos direitos humanos por empresas transnacionais, devendo ser este o cerne do tratado internacional. Também foram levantadas outras questões, como a aplicabilidade extraterritorial do tratado para o caso de violações aos direitos humanos por empresas, o necessário diálogo com outros órgãos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos (OIT, OCDE etc.), assim como aportes sobre a criação de mecanismos judiciais e extrajudiciais de reparação de danos causados aos indivíduos decorrentes das atividades desenvolvidas pelas empresas transnacionais.

em outubro de 2016. Portanto, não há, por enquanto, um mecanismo internacional de *hard law* que seja juridicamente vinculante aos Estados, não obstante as discussões iniciadas em 2014.

Dentre os Estados que aderiram aos Princípios Ruggie, até o momento, somente Reino Unido, Holanda, Dinamarca, Finlândia, Lituânia, Suécia, Noruega e Colômbia lançaram planos nacionais em consonância com aquela norma de *soft law*[69]. Para os Estados que aderiram, mas que não estabeleceram planos nacionais, o Grupo de Trabalho da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos editou um guia com orientações para reforçar mecanismos internos de proteção afeitos aos Princípios (UN WORKING GROUP ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS, 2015).

3. Eficácia da Norma Jurídica de *Soft Law*: Evidências Empíricas e Breve Avaliação Teórica a partir da Experiência Brasileira

3.1. O Brasil e os Princípios Ruggie

Desde a criação dos Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, o Brasil não se manifestou positivamente no sentido de garantir a sua implementação por meio de um Plano Nacional. Ademais, o País também se absteve nas votações para a criação de um grupo de trabalho intergovernamental na referida 26ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU (2014).

As discussões para a elaboração de um Plano Nacional brasileiro que envolva Direitos Humanos e Empresas tiveram início em fevereiro de 2016, na Primeira Conferência Livre sobre Direitos Humanos e Empresas. De iniciativa da Rede Brasileira do Pacto Global, a Conferência contou com o apoio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD Brasil), do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH)

69 O Reino Unido adotou em setembro de 2013 seu plano nacional, em quese comprometeu, dentre outros temas, a rever o grau de proteção das atividades empresariais de propriedade estatal e a orientar empresas privadas para implantarem padrões protetivos mais altos (HM GOVERNMENT, 2013). Esse plano passou por atualizações no ano de 2015, sendo incorporadas novas sugestões trazidas pela sociedade civil britânica. A Holanda adotou um plano em dezembro de 2013 e, apesar dos esforços para a construção de mecanismos de auditoria (due diligence) (KINGDOM OF THE NETHERLANDS, 2013), não houve consenso entre as partes interessadas sobre os remédios efetivos para as vítimas (NETHERLANDS INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS, 2014). A Dinamarca e a Finlândia adotaram em 2014 planos nacionais. O Estado dinamarquês apresentou os princípios descritos nos Princípios Ruggie para remédios efetivos e detalhou ações em seu território adotadas antes da adesão aos princípios (DANISH MINISTRY OF BUSINESS AND GROWTH, 2014). O plano finlandês também trouxe

e da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV), além de representantes de 32 organizações, dentre elas empresas e organizações do terceiro setor (PACTO GLOBAL REDE BRASILEIRA, 2016)[70].

Lembre-se, ainda, que em dezembro de 2015, o Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU realizou uma visita de 10 (dez) dias ao País para avaliar os esforços do Governo brasileiro no sentido de fortalecer a proteção de Direitos Humanos pelas Empresas no exercício de suas atividades econômicas. O Grupo visitou, além de Brasília, as cidades que, no momento, maior atenção chamavam sobre o tema de Direitos Humanos e Empresas: Altamira (construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte), Mariana (contaminação do rio Doce pela ruptura de barragem de contenção da Samarco) e Rio de Janeiro (obras de infra-estrutura para as atividades olímpicas em 2016).

As conclusões mais marcantes do relatório consistiram em apontar que as principais empresas brasileiras continuavam a desconhecer a existência dos Princípios Ruggie, não tendo recebido qualquer informação por parte do Governo brasileiro sobre a necessidade de adequação a tais novas exigências. Especial destaque deve ser feito à percepção do relatório de que nem mesmo as empresas estatais tinham conhecimento da necessidade de adequação aos Princípios Ruggie, não tendo sido verificada qualquer alteração na prática cotidiana de empresas brasileiras federais e estaduais no sentido de garantir a observâcia aos Direitos Humanos.

As recomendações se restringiram somente a indicar a importância de evitar a captura dos interesses públicos por interesses privados, bem como a necessidade de adoção de um Plano Nacional de Ação de acordo com o guia com orientações para reforçar mecanismos internos de proteção de Direitos Humanos por empresas (UN WORKING GROUP ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS, 2016). Propostas mais concretas nesse sentido

70 O debate culminou com a redação de um documento a ser eventualmente incorporado às discussões da quarta edição do Programa Nacional de Direitos Humanos. Algumas diretrizes sugeridas são: (i) necessidade de um processo de elaboração participativo envolvendo governo, empresas, sociedade civil e comunidades impactadas, com igualdade de voz desde o seu início; (ii) necessidade de esclarecimento dos papéis e das responsabilidades das empresas em relação aos direitos humanos em sua cadeia de valor, bem como em seu entorno; (iii) necessidade de previsão de instrumentos para a diligência devida em direitos humanos e divulgação de boas práticas; e (iv) necessidade de coordenação por um grupo intergovernamental que garanta o diálogo com outras agendas do governo, grupos representativos empresariais e setoriais, organizações da sociedade civil, vítimas impactadas e agências especializadas da ONU em empresas e direitos humanos.considerações sobre os remédios efetivos para as vítimas e determinou o desenvolvimento de atividades em conjunto com a OCDE, dentre outros temas (FINISH MINISTRY OF EMPLOYMENT AND THE ECONOMY COMPETITIVENESS, 2014). Lituânia, Suécia, Noruega e Colômbia lançaram seus planos em 2015. No plano colombiano, destaca-se o pedido de intervenção do Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU para analisar os remédios existentes e indicar possíveis remédios mais efetivos (COLÔMBIA, 2015).

foram, inclusive, indicadas em recomendações a apresentadas na 32ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, em junho de 2016 (UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2016).

3.2. Por uma Nova Dinâmica Organizacional Jurídica Internacional: A Plena Inclusão das Empresas e a Efetividade de Mecanismos de *Soft Law*

A análise da experiência brasileira envolvendo as dificuldades de incorporação de planos ou normas jurídicas nacionais sobre o tema dos Direitos Humanos e Empresas revela dois aspectos centrais na condução da discussão sobre a efetividade de tais normas de *soft law*. Estes aspectos centrais, porém sutis, passam despercebidos não apenas na discussão sobre a experiência brasileira, como também no breve relato sobre as experiências de incorporação nos países que adotaram os Princípios Ruggie e assumiram Planos Nacionais.

Em primeiro lugar, quando se fala em *soft law* em DI, há uma tendência em desvalorizar inconscientemente o conteúdo normativo portado por este preceito: não se tratariam de normas jurídicas, pois não deteriam caráter obrigatório. Mais "Direito proposto do que imposto", as normas de *soft law* seriam compromissos políticos reduzidos a termo escrito que, porventura, em um futuro eventual e incontrolável, podem ser base de futuras normas jurídicas de *hard law* (Tratados Internacionais ou costumes). Elas, em si mesmas, não seriam jurídicas ou juridicamente obrigatórias (CARDIA, 2015, p. 165-167) e, por essa específica condição, não encontrariam condições para serem cumpridas.

Mas qual o sentido em buscar efetuar uma gradação entre um direito "macio" e um direito "duro" e apostar em uma relativização da normatividade jurídica internacional (CASELLA, 2008, p. 105; 324; 854-385)? Essa perspectiva (i) ignora que toda norma jurídica é obrigatória, exigível e vinculante, precisamente por ser jurídica (FITZMAURICE, 1958, p. 40) e (ii) direciona a discussão para um restritivo e anacrônico voluntarismo behaviorista no pensamento jurídico.

Seja *soft law*, seja hard law, toda norma jurídica detém uma força normativa que a torna juridicamente obrigatória, a qual é composta por três eixos (DURAN, 2013, p. 189-91): (i) valor normativo (capacidade de ser referencial normativo), (ii) alcance normativo (reconhecimento como referencial legítimo/aceito por seus destinatários) e (iii) garantia normativa (mecanismos para assegurar cumprimento). A força normativa de qualquer

norma reside nesses três pilares e a distinção hard law ou soft law ignora essa complexidade, ainda que esta deva ser compreendida de maneiras distintas em cada uma das modalidades regulatórias.

Quando se refere à distinção soft law não se questiona a presença ou ausência dos dois primeiros eixos: entendido compromisso jurídico relevante, parece não se querer dar cumprimento ao seu conteúdo (CARDIA, 2015, p. 165--677). Todavia, perceba--se que não se pretende dar cumprimento à norma pelos mecanismos de garantia normativa tradicionais – mas se pretende manter a força normativa do preceito jurídico por outras formas.

Nesse sentido, lembre-se de que o Direito não é apenas norma de conduta, mas também instituições. Ele não apenas afirma a conduta devida ou permitida, mas também define as condições institucionais de possibilidade de cumprimento da conduta (GIANNATTASIO, 2015b; UNGER, 2004) – isto é, que ampliam ou reduzem a força normativa mediante a inventividade de arranjos que aprimorem a garantia normativa.

E é nesse sentido que se suscita o segundo aspecto sutil e não percebido que ainda limita a compreensão das formas de efetivação do *soft law* nos Princípios Ruggie: as regras continuam a se dirigir primordial, originária e primariamente aos Estados. Em outras palavras, apesar de se constatar a condição Pós--Moderna do DI, continua-se a pensar em uma regulação jurídica internacional que vise em primeiro lugar aos Estados, que se baseie fundamentalmente apenas na presença dos Estados, e que dependa essencialmente da observância primária de tais normas pelos Estados.

Nesse sentido, o foco regulatório dessa modalidade de normatização jurídica percebe a condição Pós-Moderna novos atores internacionais com influência global abrangente devem ser regulados, mas opera ainda dentro de uma lógica Moderna – a vinculação jurídica deles deve ser mediada pelos Estados. A persistência dessa necessária intermediação pelo aparato estatal parece ser o ponto frágil da normatização *soft law* dos Princípios Ruggie – afinal, Estados devem adotar Planos Nacionais de Ação, Estados devem se aproximar das empresas, Estados devem informar as empresas, entre outros.

A crítica e os pontos falhos do Relatório Ruggie não residem, assim, no fato de ele ser revestido de uma condição de *soft law* ou de um direito supostamente menor ou "propositivo". Na verdade, a crítica fundamental ao Relatório Ruggie consiste em perceber que ele não leva a sério e até as últimas consequências a condição Pós-Moderna do DI. E, por isso, o documento tem como seu ponto falho principal a incapacidade teórica e aplicada de pensar novas instituições internacionais que possam superar o "tudo ou nada" do binômio *soft law/hard law* mediante arranjos institucionais

alternativos que possam ampliar as condições de possibilidade de efetividade de suas normas jurídicas *soft law* – ou seja, de ampliar a força normativa dos próprios Princípios[71].

O primeiro passo para restituir aos Princípios sobre Direitos Humanos e Empresas sua obrigatoriedade jurídica seria reconhecer nele a detenção de uma força normativa como em toda norma jurídica. Essa força normativa exigiria, por sua vez, um segundo passo, a saber, perceber a necessidade peculiar de efetiva transformação estrutural teórica e aplicada do DI para ele assumir institucionalmente sua condição Pós--Moderna integral. Nesse sentido, dever--se-ia pensar em formas alternativas de ampliação das garantias normativas do DI mediante nova dinâmica jurídica-organizacional que (i) radicalizasse a presença institucionalmente mediada dos novos sujeitos de DI e que, com isso, (ii) plenificasse a participação destes no *rule of International Law*. Dito de outro modo, trata-se de suscitar novos arranjos institucionais internacionais que consigam estabelecer em sua plenitude um estado de Direito Internacional, o qual aproxime de maneira radical, intensa e em pé de igualdade todas as possíveis posições normativas que possam ter ou pretender ter uma influência global abrangente (GIANNATTASIO, 2015a, 2015b).

Não se trata aqui de excluir totalmente os Estados do processo de produção normativa internacional ou de ignorar sua importância. Antes, trata-se de assegurar a plenitude da condição de sujeitos de DI a todo e qualquer ator detentor de influência global abrangente -– não apenas como detentor de deveres (sujeição à observância da norma, à fiscalização, a mecanismos judiciais e *quasi*--judiciais internacionais), mas também de direitos (negociação, assinatura, aprovação, ratificação).

Nesse sentido, o que se propõe aqui e é uma séria e profunda renovação da gramática do Direito Internacional à luz desses novos sujeitos de DI que seja apta a assegurar a mais ampla possível força normativa dos Princípios Ruggie fossem eles *soft law* ou *hard law*. A preservação da força normativa do DI em sua condição Pós-Moderna não passa, assim, pela adoção necessária de formas rígidas ou mais robustas pontuais de produção ou fiscalização normativa (Tratados). Antes, ela perpassa o reconhecimento da necessidade de reembaralhar as condições institucionais para considerar plenamente todos seus novos sujeitos de DI[72].

71 O próprio John Ruggie afirma que tais princípios teriam a sua eficácia como um ponto de partida na criação de uma cultura de proteção aos direitos humanos pelas empresas e Estados isto é, seriam apenas um começo para um futuro Tratado Internacional ("um Direito efetivo!"). Nesse sentido, a primeira sessão para discutir o tratado internacional sobre empresas e direitos humanos enfatizou a necessidade de operar conjuntamente mecanismos de *soft law* e de *hard law* (UNITED NATIONS, 2016, p. 15) como se apenas o hard fosse law o suficiente para assegurar a efetividade do *soft*.

72 O que será desenvolvido em trabalhos posteriores. Fica registrado aqui o convite para futuras pesquisas conjuntas sobre o tema.

Conclusão

O texto argumenta que é no interior da mudança estrutural do DI motivada pelo avanço da tríade DDHS que se verifica, desde a década de 1970, um movimento discursivo baseado no DIDH que *avant la lettre* busca atribuir às empresas transnacionais a condição de sujeitos de Direito Internacional.

O texto se dividiu em três partes. A primeira salientou que a condição Pós-Moderna do Direito Internacional permite atribuir a empresas transnacionais a condição de sujeito de DI, a partir da compreensão de que o *rule of International Law* procura absorver atores internacionais com influência global abrangente em diferentes espaços nomogenéticos. A segunda indicou que a regulação jurídica internacional desses novos atores globais pelos Princípios Ruggie reproduz a afirmação histórica do DIDH para empresas e frisou o caráter de *soft law* da vinculação jurídica dessas novas entidades ao DIDH. A partir da avaliação da experiência brasileira atual, a terceira parte apresentou os limites institucionais enfrentados por essa modalidade regulatória e propôs uma reavaliação das possibilidades de efetivação de tais mandamentos de *soft law* a partir de uma nova dinâmica organizacional do DI sensível à particularidade desses novos sujeitos de DI.

Argumenta-se, portanto, que o DIDH em sua relação com os Princípios Ruggie implicou: (i) o acirramento da mutação das categorias tradicionais do DI, abrangendo (a) a pluralização de sujeitos de DI (agentes privados corporativos), (b) a valorização de formas não tradicionais de realização do Direito Internacional (*soft law*); e, com isso, (ii) a necessidade de repensar os modos de realizar a dinâmica da organização jurídica das relações internacionais mediante mecanismos que tornem esse mandamento jurídico efetivo, sem que ele, enquanto *soft law*, perca sua qualidade de *rule of International Law.*

Espera-se assim ter contribuído para a discussão contemporânea em Direito Internacional sobre a relação entre Direitos Humanos e Empresas a partir de uma leitura crítica do Direito Internacional Pós-Moderno. Entende-se que apenas pelo contínuo aprimoramento das instituições internacionais vigentes mediante sadio exercício de aprimoramento das instituições internacionais vigentes mediante sadio exercício de os sujeitos de DI e suas respectivas posições normativa é que as normas jurídicas (*soft* ou *hard*) terão asseguradas suas forças normativas (GIANNATTASIO, 2015a, 2015b).

REFERÊNCIAS

AMAO, Olufemi. **Corporate social responsibility, human rights and the law**. New York: Routledge, 2011.

ANDERSON, Perry. **As Origens da Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

CARDIA, Ana Cláudia Ruy. **Empresas, direitos humanos e gênero.** Porto Alegre: Buqui, 2015.

CARRILLO SALCEDO, Juan António. **El Derecho Internacional en un Mundo en Cambio**. Madrid: Tecnos, 1985.

CASELLA, Paulo. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

COLÔMBIA. **Plan de Acción de Derechos Humanos y Empresas**. 2015. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PNA_Colombia_9dic.pdf>.Acesso em: 28 maio de 2016.

CORRÊA, André; CASTRO, Douglas. Transnacionalismo e Paradiplomacia nas Relações Econômicas Brasil-Angola. In: 5º Encontro Nacional da ABRI, 2015, Belo Horizonte. **Anais do…**. Belo Horizonte: ABRI, 2015.

CUNHA, Paulo. La Cour Constitutionelle Internationale (ICCo), **Notandum**, 38, p. 21-26, mai-ago. 2015.

DANISH MINISTRY OF BUSINESS AND GROWTH. **Danish National Action Plan**. 2014. Disponível em: <http://www.evm.dk/english/publications/2014/14-03-31-danish- national-action-plan>. Acesso em: 28 maio de 2016.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um Direito Comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DURAN, Camila. **A Moldura Jurídica da Política Monetária**. São Paulo: Saraiva, 2013. FARIA, José. **Direito e Conjutura**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FINISH MINISTRY OF EMPLOYMENT AND THE ECONOMY COMPETITIVENESS. **National Action Plan for the implementation on the UN Guiding Principles on Business and Human Rights**. Disponível em: <http://www.tem.fi/files/41214/TEMjul_46_2014_web_EN_21102014.pdf>. Acesso em: 28 maio de 2016.

FITZMAURICE, Gerald. The General Principles of International Law considered from the Standpoint of the Rule of Law. **RCADI**, t. 92, p. 1-228, 1958.

FRIEDMANN, Wolfgang. **The Changing Structure of International Law**. New York: Columbia University, 1964.

GIANNATTASIO, Arthur. A juridificação de conflitos políticos no direito internacional público contemporâneo: uma leitura política da paz pelo direito de Hans Kelsen a partir do pensamento político de Claude Lefort, **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 2, p. 57- 76, 2015a.

_____. Justiça, Política e Direitos Humanos. In: CARVALHO, M.; NASCIMENTO, M.; Weber, T. (Org.). **Justiça e Direito**. São Paulo: ANPOF, 2015.

GOVERNO ITALIANO. **Le fondamenta del piano di azione italiano sui "Principi Guida Delle Nazione Unite Sulle Imprese I Diritti Umani"**. 2014. Disponível em: <http://www.mit.gov.it/mit/mop_all.php?p_id=18076>. Acesso em: 28 maio de 2016.

GROSS, Leo. The Peace of Westphalia, 1648-1948, **The American Journal of International Law**, v. 42, n. 1, p. 20-41, jan. 1948.

HABERMAS, Jürgen. A Constelação Pós-Nacional e o Futuro da Democracia. In: HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Empire**. Cambridge: Harvard University, 2000. HENSON, Spencer; HUMPHREY, John. Understanding the Complexities of Private Standards in Global Agri-Food Chains as They Impact Developing Countries, **Journal of Development Studies**, v. 46, n. 9, p. 1628-1646, oct., 2010.

HM GOVERNMENT. **Good Business**: implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. 2013. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/236901/BHR_Action_Plan_-_final_online_version_1_.pdf>. Acesso em: 26 maio de 2016.

_____. **UK Open Government National Action Plan 2016-18.** 2016. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/522781/UK_Open_Government_National_Action_Plan_2016-18.pdf>. Acesso em: 26 maio de 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KINGDOM OF THE NETHERLANDS. **National Action Plan on Business and Human Rights.** 2013. Disponível em: <http://www.netherlandsmission.org/binaries/content/assets/postenweb/v/verenigde_staten_van_amerika/the-permanent-mission-to-the-un/actionplanbhr.pdf>. Acesso em: 28 maio de 2016.

KINLEY, David; TADAKI, Junko. From talk to walk: the emergence of human rights responsibilities for corporations at international law. **Virginia Journal of International Law**, v. 44, n. 4, p. 931-1023, 2004.

KOSKENNIEMI, Martii. The Fate of International Law: Between Technique and Politics, **The Modern Law Review**, v. 70, n. 1, p. 1-30, jan., 2007.

KUNTZ, Rolf. República, Direitos e Ordem Global, **Lua Nova**, n. 60, p. 45-55, 2003. LATOUR, Bruno. **Jamais Fomos Modernos**. Rio de Janeiro: 34, 1994.

LYOTARD, Jean-François. **La Condition Post-Moderne**. Paris: Gallimard, 1979.

NASSER, Salem. Direito Global em Pedaços, **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 2, p. 98-137, 2015.

NETHERLANDS INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS. **Response to the National Action Plan on Business and Human Rights**. 2014. Disponível em: <http://business--humanrights.org/sites/default/files/documents/netherlands-nhri-re-national-action-plan.pdf>. Acesso em: 28 maio de 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Guiding Principles on Business and Human Rights**. 2011. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf>. Acesso em: 11 jul. de 2014.

_____. **Address at the world economic forum in Davos**. Secretary-General Kofi Annan. SG/SM/6448. Suíça, 1999. Disponível em: <http://www.un.org/News/Press/docs/1999/19990201.sgsm6881.html>. Acesso em: 14 jun. de 2014.

PACTO GLOBAL REDE BRASILEIRA. **Empresas participam da construção de políticas públicas em direitos humanos**. Disponível em: <http://www.pactoglobal.org.br/Artigo/216/Empresas-participam-da-construcao-de-politicas- publicas-em-direitos-humanos>. Acesso em: 04 abril de 2016.

POLLACK, Mark; SHAFFER, Gregory. Who Governs? In: POLLACK, M.; SHAFFER, G.. **Transatlantic Governance in the Global Economy**. Lanham: Rowman, 2001.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. Invoking the Rule of Law in Post-Conflict Rebuilding, **William and Mary Law Review**, v. 49, n. 4, p. 1347-1376, 2008.

ROUCOUNAS, Emmanuel. Facteurs privés et droit international public. **RCADI**, t. 299, p. 9- 420, 2002.

RUGGIE, John. **Quando negócios não são apenas negócios**. São Paulo: Planeta Sustentável/Abril/Pacto Global Brasil, 2014.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. Princeton: Princeton University, 2005. UN. Doc. **A/HRC/26/L.22/Rev.1.** Disponível em: http://daccess-dds--ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G14/064/48/PDF/G1406448.pdf?OpenElement>. Acesso em: 30 jul. de 2014.

UN WORKING GROUP ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS**. Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights**, 2015. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_NAPGuidance.pdf>. Acesso em: 26 maio de 2016.

_____. **Statement at the end of visit to Brazil by the United Nations Working Group on Business and Human Rights**, 2016. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16891&LangID=E>. Acesso em: 29 maio de 2016.

UNGER, Roberto. **O Direito e o Futuro da Democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004. UNITED NATIONS. **Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights**. Disponível em: <https://documents- dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/160/08/PDF/G0316008.pdf?OpenElement>. Acesso em: 25 mai. 2016.

_____. **Human rights and transnational corporations and other business enterprises**. UN doc.A/HRC/17/4. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/71/PDF/G1114471.pdf?OpenElement>. Acesso em: 11 jul. de 2014.

_____. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie. **UN doc. A/HRC/17/31.** Disponível em: <http://www.ohchr.org/documents/issues/business/A.HRC.17.31.pdf>. Acesso em: 12 jul. de 2014.

_____. **A/HRC/31/50**. 2016. Disponível em: <http://business- humanrights.org/sites/default/files/documents/A.HRC.31.50_E.pdf>. Acesso em: 26 maio de 2016. UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT. **Participants**. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/participants>. Acesso em: 25 maio de 2016.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **A/HRC/26/NGO/100, A/HRC/26/NGO/66, A/HRC/26/NGO/71 e A/HRC/26/NGO/73.** Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?b=10&se=155&t=7>. Acesso em: 26 maio de 2016.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL**. Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises on its mission to Brazil**. Disponível em: <https://documents-dds- ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/096/43/PDF/G1609643.pdf?OpenElement>.Acesso em: 27 jul. de 2016.

OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS:
houve avanços?

UNITED NATIONS GUIDING PRINCIPLES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS:
progress has been made?

Ana Rachel Freitas da Silva[73]
Danielle Anne Pamplona[74]

Resumo
O presente trabalho é fruto de pesquisa bibliográfica que procura demonstrar se houve e quais são os avanços alcançados com a edição dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos. Para tanto, desenvolve o histórico da elaboração dos princípios, para demonstrar que se tratam do ápice de um movimento que há alguns anos procurava deslocar a responsabilidade do Estado, até então único ente admitido pelo Direito Internacional como possuidor da obrigação de proteger e garantir os direitos humanos, para as empresas. Em seguida, o trabalho analisa o conteúdo dos princípios, apontando avanços e identificando pontos de fricção com a expectativa de defensores de direitos humanos. Ao final, o texto conclui que apesar de estarem aquém das expectativas e da necessidade urgente de maiores avanços, há que se reconhecer o quanto eles representam uma evolução e como é necessário estender a responsabilidade por violações dos direitos humanos para outros agentes não estatais. Os avanços com os princípios não, excluem, contudo, os esforços para a elaboração de um tratado.
Palavras-chave: Princípios das Nações Unidas; Empresas e Direitos Humanos; responsabilidade de proteção e garantia.

73 Doutoranda no Centro Universitário de Brasília, Visiting Scholar na American University, Washington, DC; Mestre em Direito pelo UniCEUB; Procuradora da Fazenda Nacional.

74 International Visiting Scholar na American University, Washington, D.C. (2015/2016); Doutora em Direito pela UFSC; Mestre em Direito pela PUC-SP; Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-PR; Coodenadora da Clinica de Direitos Humanos do PPGD/PUC-PR.

Abstract
This work is the result of bibliographical research that seeks to establish whether there has been and what are the achievements in the issue of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Therefore, it develops the history of the development of principles, to demonstrate that these are the culmination of a movement that a few years ago sought to shift the responsibility for the protection and guarantee of human rights of state, hitherto only being accepted by international law as possessor of such obligations, to the companies. Next, we analyze the content of the principles, pointing advances and identifying friction points with the expectation of human rights defenders. Finally, the paper concludes that despite being short of expectations and despite the urgent need for achieving greater progress, we have to recognize as they represent an evolution and how it is necessary to increase the number of agents who can be responsible for violations of human rights. The progress reached by the principles doesn't exclude the efforts to sign a treaty on the subject.
Key-words: United Nation Principles; Business and Human Rights; duty to protect and remedy.

Sumário

1. Introdução
2. O que são os Princípios Ruggie
2.1. Histórico e adoção
2.2. Conteúdo
3. As conquistas e os desafios ainda não resolvidos pelos Princípios Ruggie
3.1. Princípios Orientadores das Nações Unidas: o começo do fim
4. Considerações Finais

1. Introdução

Não se nega o dever internacional dos Estados de proteção, respeito e de reparação de direitos humanos. E não se desconhece que cada um destes termos está a indicar algo diferente. No entanto, no presente texto, será utilizado o termo 'respeitar' de modo amplo. Assim, a indicação da obrigação de respeitar os Direitos Humanos não se refere apenas às medidas destinadas a evitar a violação, mas sim, abrange atos comissivos, omissivos, preventivos e reparadores.

Parte-se da premissa clássica de que Estados são os sujeitos primários de Direito Internacional (REZEK, 2005). Essa condição os capacita a criar o Direito Internacional, firmando tratados ou agindo de forma reiterada e consciente de que a prática adotada possui caráter legal. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, identifica os Estados como responsáveis pela elaboração e aprovação desses acordos. Nessa capacidade, associam-se e voluntariamente atribuem direitos e obrigações às organizações por eles criadas. São também os Estados os responsáveis por violações do Direito Internacional, conforme preveem os Artigos sobre Responsabilidade dos Estados por Ilícitos Internacionais, apresentados pela Comissão de Direito Internacional da ONU, em 2001. A Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal aos direitos humanos, obrigação reiterada no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966) e no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos e Sociais (1966).

Os indivíduos são beneficiários de algumas normas internacionais. São os sujeitos a serem protegidos por tratados de direitos humanos. Em alguns casos, como por exemplo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, podem apresentar seus casos diretamente a órgãos internacionais, como é o caso da Comissão que precede os julgamentos da Corte deste sistema. As arbitragens internacionais no âmbito do Centro Internacional para a Solução de Diferendos em Investimentos, criado pela Convenção de Washington, de 1965, também ilustram a crescente participação dos indivíduos e empresas nos julgamentos realizados por tribunais internacionais. A Convenção supra citada atribui legitimidade ativa aos investidores - pessoas físicas ou jurídicas - para ingressarem com ações contra Estados.

Contudo, mesmo nos casos citados, a ação dos indivíduos se dá por autorização e nos limites do consentimento estatal. Indivíduos e empresas estão atrelados a um Estado pelo vínculo de nacionalidade. No caso Barcelona Traction, Light and Power Co Case (Belgium v Spain, 1970, ICJ, par. 70), a Corte Internacional de Justiça negou o pedido feito pela Bélgica por não reconhecer a "conexão genuína" entre a empresa e o Estado de incorporação. No caso citado, o Tribunal entendeu que o vínculo entre a empresa e o Estado era artificial e não permitiu o exercício da proteção diplomática pelo Estado Belga. Esse caso confirma que indivíduos e empresas só podem litigar perante Cortes Internacionais nos limites do consentimento do Estado contra o qual litigam e com a autorização do Estado com o qual possuem vínculo de nacionalidade. Ambos os Estados devem ter outorgado o consentimento por tratado ou outro instrumento internacional. Esse exemplo ilustra que a proteção internacional dos Direitos Humanos sempre perpassa a figura do Estado.

O Estado, sob essa ótica, tem a obrigação primária de proteger os direitos humanos. Essa responsabilidade existe ainda que os atos não tenham sido perpetrados diretamente por agentes estatais. Violações de direitos humanos cometidas por indivíduos podem ser imputadas ao Estado, se este não agiu com a devida diligência para prevenir a ocorrência ou remediar a situação, punindo os responsáveis e assistindo as vítimas. Esse foi o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988):

> an illegal act which violates human rights and which is initially not directly imputable to a State (for example, because it is the act of a private person or because the person responsible has not been identified) can lead to international responsibility of the State, not because of the act itself, but because of the lack of due diligence to prevent the violation on respond to it as required by the Convention.

Apesar da responsabilidade estatal de proteger, promover os direitos humanos e remediar casos de violações, o exercício dessa responsabilidade encontra limites na territorialidade. O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966) menciona, explicitamente, que a obrigação dos Estados abrange os indivíduos "que se achem em seu território e estejam sujeitos a sua jurisdição". A Convenção Interamericana também se refere à jurisdição. Discute-se, todavia, se o Estado de nacionalidade da companhia, onde se localiza o centro de decisão empresarial, poderia disciplinar o comportamento da empresa em relação aos atos executados fora de seu território.

Garantir que grandes empresas, que atuam em diferentes países, respeitem os Direitos Humanos tem sido um desafio. Muitos países, que recebem os investimentos, não têm incentivos para endurecer as condições quando barganham com essas empresas. Os Estados de origem também encontram limites na regulação extraterritorial, além de interesses contrapostos de promover suas empresas. A proteção internacional acaba limitada à vontade dos Estados de agir nos limites de seus territórios, deixando muitos indivíduos sem alternativas na ausência de comprometimento estatal. Os Princípios Ruggie nascem nesse contexto, numa tentativa de buscar alternativas para promover os Direitos Humanos na atividade empresarial.

2. O que são os Princípios Ruggie

Há anos a comunidade internacional reconhece que a responsabilização de empresas é um passo necessário para a evolução na proteção dos direitos humanos. Esse reconhecimento deriva da noção de que não é somente o Estado o agente relevante para a ocorrência de violações, mas sim, que as empresas também podem ser atores que violam direitos humanos.

O que se convencionou chamar de Princípios Ruggie, por conta do nome do responsável por sua elaboração, é a resposta da comunidade internacional para essa necessidade.

A questão será avaliar se a edição destes princípios atendeu às expectativas ou ficou aquém do que esperavam Estados, empresas e defensores de direitos humanos. É fácil esperar que, diante da diferente posição de cada um, os princípios possam ser alvo de críticas pela maior ou menor contundência que apresentem.

2.1. Histórico e adoção

É difícil estabelecer um momento preciso em que a preocupação com a responsabilização das empresas transnacionais por violação aos Direitos Humanos tornou-se generalizada na comunidade internacional. A demanda pela responsabilização das empresas pelas violações de direitos humanos, no âmbito da ONU, fez com que o ex-secretário-geral da ONU, Kofi Annan, lançasse a ideia de elaboração de princípios para a atividade empresarial, com o "objetivo de mobilizar a comunidade empresarial internacional para a adoção, em suas práticas de negócios, de valores fundamentais e internacionalmente aceitos nas áreas de direitos humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção" (United Nations Global Compact, 2016). Assim, surge o chamado Pacto Global, em 2000, derivado da 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. Esses princípios têm como objetivo procurar identificar o melhor *modus operandi* das empresas, para que elas façam a sua parte em relação à proteção dos direitos humanos. Reconhece-se, portanto, que a atividade empresarial é um elemento importante para a garantia dos direitos humanos, seja nas relações internas, com seus próprios funcionários, seja nas relações com fornecedores ou com os seus consumidores e terceiros que possam ser afetados por suas atividades,

por isso, os princípios contemplam obrigações gerais de proteção de Direitos Humanos, *standards* trabalhistas e padrões de proteção ambiental. Esses princípios partem da constatação de que a violação de direitos humanos ocorre não somente pela atuação estatal, mas sim, da atividade de pessoas privadas. O conjunto destes princípios é chamado 'Pacto Global" e teve adesão de mais de 12 mil organizações signatárias articuladas por cerca de 150 redes ao redor do mundo (United Nations Global Compact, 2016). A julgar pelas atuais manifestações de rejeição da ideia de adoção de um instrumento vinculante que trate da matéria, parece correto concluir que o número expressivo de adesões deve se dar pela não obrigatoriedade de observação do pacto e da consequente ausência de punições por seu descumprimento.

As empresas que aderiram à iniciativa se comprometeram a adotar os princípios da "UN Global Compact" em sua estrutura organizacional, fazer relatórios anuais do progresso na implementação dos princípios e se engajar em parceiras com a ONU. A iniciativa teve o mérito de trazer as empresas para a discussão sobre Direitos Humanos. As empresas deixaram de ser vistas apenas como parte do problema, passaram a ser parte da solução. Entretanto, por sua natureza voluntária, "The UN Global Compact" não previa consequências para as empresas que desrespeitassem algum dos princípios ou práticas previstas. O modelo adotado, pela sua própria natureza, não permitia a fiscalização sobre a adoção efetiva dos princípios nas práticas das empresas. Cabia às próprias empresas a avaliação sobre os resultados da iniciativa. Esse auto-regulação talvez não fosse a medida mais efetiva (MARTIN, 2012).

Se a Global Compact foi uma iniciativa endereçada às empresas, para agirem de forma voluntária, o documento produzido pela Subcomissão da ONU, logo depois, caminhou em direção oposta. As Normas das Nações Unidas sobre a Responsabilidade das Corporações Transnacionais e outras Entidades Empresariais apontam explicitamente para a responsabilidade das transnacionais frente ao Direito Internacional por violações aos Direitos Humanos. Essas Normas determinavam que cabia aos Estados a "obrigação primordial com a implementação de suas recomendações, ...[e] às empresas o compromisso de monitorar suas atividades e reparar imediatamente os danos provocados aos indivíduos em razão de seu mau desempenho" (CARDIA, 2015, p. 248).

A proposta ficou a cargo da Subcomissão para Promoção e Proteção de Direitos Humanos da ONU. Algumas dificuldades foram encontradas pela Subcomissão quando trabalhava na redação das normas como, por

exemplo, a definição de empresas transnacionais; a inclusão de empresas domésticas; a diferenciação das obrigações das transnacionais, empresas domésticas, de pequeno e grande porte; os conceitos e as normas a serem incluídas e o *status* legal das Normas após sua adoção. A Subcomissão trabalhou próxima às organizações não governamentais e outros grupos defensores de Direitos Humanos.

As Normas foram redigidas partindo da premissa que encontravam fundamento em tratados e outras fontes de Direito Internacional. Dispositivos de tratados em vigor respaldariam a conclusão de que as empresas já seriam obrigadas a respeitar os Direitos Humanos. Além disso, a aprovação desse documento, no âmbito das Nações Unidas, poderia ser o primeiro passo para o reconhecimento dessas obrigações como Direito Costumeiro (WEISSBRODT; KRUGER, 2003).

Esse raciocínio foi objeto de críticas. Knox (2011) considera que ao partir da premissa de que a responsabilidade das empresas já estaria presente no Direito Internacional dos Direitos Humanos, as Normas não refletiam o arcabouço legal existente, nem justificavam alterações legais que seriam necessárias para formar essa base. Para ele, os autores da proposta possivelmente não tinham a correta noção da revolução que esses dispositivos representariam no Direito Internacional. Talvez tenha sido sua ambição, aliada à oposição realizada por atores contrários à proposta e tão poderosos, que a mesma não foi adiante. Apresentada a proposta , a Comissão da ONU sobre Direitos Humanos agradeceu o trabalho da Subcomissão, mas entendeu que o documento não tinha *status* legal (MARTIN, 2012).

Em 2005, John Ruggie foi nomeado Representante Especial do Secretário-Geral da ONU para empresas e direitos humanos, com a missão de elaborar padrões de responsabilidade das empresas transnacionais e dos Estados na garantia de que os direitos humanos fossem observados. Assim surgem os denominados Princípios das Nações Unidas para Empresas e Direitos Humanos, aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos em 2011.

Ruggie apresentou relatório ao Conselho de Direitos Humanos da ONU, em 7 de abril de 2008. O relatório, intitulado “Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights”, se baseia em três princípios fundamentais: o dever do Estado de prover os direitos humanos contra abusos perpetrados por terceiros, inclusive empresas; a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos; e a necessidade de acesso mais efetivo à reparação.

O relatório foi fruto de um trabalho interativo do Representante Especial com vários atores interessados. Ele reconheceu as limitações práticas a que seu trabalho estava sujeito. A multiplicidade de atores envolvidos, com interesses mais diversos, dificulta o consenso. Ao se defender das críticas, Ruggie reconhece as dificuldades de preencher os espaços de regulação resultantes da globalização. Apesar de concordar que a regulação das atividades das transnacionais oferecia desafios adicionais, Ruggie optou por incluir as empresas de forma geral e as violações de direitos humanos de forma ampla. A responsabilização das empresas não deveria estar restrita a uma lista de casos específicos ou violações mais graves.

Além da diferença no grau de coercitividade que se pretendia dar aos dispositivos legais, os Princípios propostos por Ruggie se diferenciavam das Normas propostas pela Subcomissão na forma como a responsabilidade da empresa era definida. Os Princípios deixam claro que as responsabilidades das empresas não se confundem com as dos Estados, elas são complementares. Essa diferenciação fica clara com a utilização de dois conceitos distintos: "duties" ou obrigações, para se referir aos Estados e "responsibilities", ou responsabilidades, para se referir às empresas. A responsabilidade das empresas seria definida pelas expectativas sociais.

2.2. Conteúdo

Como informado acima, a redação dos trinta e um princípios está dividida em três pilares. Eles estão fundamentados no reconhecimento de que os Estados assumiram obrigações de respeitar, proteger e implementar os direitos humanos e liberdades fundamentais; de que as empresas tem um papel a desempenhar como órgãos especializados da sociedade que desempenham funções especializadas e que devem cumprir todas as leis aplicáveis e respeitar os direitos humanos; e de que há necessidade de que os direitos e obrigações sejam providos de recursos adequados e eficazes, em caso de descumprimento.

O primeiro pilar trata do dever do Estado de proteger os direitos humanos. São dez princípios que trazem diferentes regras sobre a obrigação imposta aos Estados. Os Estados devem proteger as pessoas contra violações dos direitos humanos cometidas em seu território e/ou sua jurisdição por terceiros, inclusive empresas. Para tanto, devem adotar as medidas apropriadas para prevenir, investigar, punir e reparar tais abusos por meio de políticas adequadas, legislação, regulação e submissão à justiça. Esta é uma norma de conduta, ou seja, demanda dos Estados uma atuação específica que leve à demonstração de sua preocupação e engajamento com o tema dos direitos

humanos. Ainda que os Estados possam escolher como farão a proteção, ou, em outras palavras, que medidas adotarão, é de se ressaltar que devem ser levadas em consideração pelo Estado todas a medidas possíveis de proteção. Como essa obrigação implica o cuidado com as atitudes de terceiros, os Estados devem claramente estabelecer que as empresas domiciliadas em seu território ou que estejam sob sua jurisdição devem respeitar os direitos humanos em suas operações.

Para que isso ocorra, é necessário que o Estado cuide para que as leis sejam cumpridas, assessore as empresas para que respeitem os direitos humanos e fomentem a disponibilização de informação acerca do impacto das atividades das empresas sobre os direitos humanos. Se as empresas forem de propriedade ou estiverem sob o controle do Estado, ou se receberem significativos apoios e serviços de organismos estatais, como crédito, serviços de seguro ou garantia de investimentos, os Estados devem adotar medidas adicionais de proteção contra violações de direitos humanos que estas empresas possam praticar, como, por exemplo, as auditorias em matéria de direitos humanos. Essas auditorias também são tratadas pelo texto dos princípios no terceiro pilar. Os Estados devem promover o respeito aos direitos humanos em todas as empresas, devendo supervisionar aquelas que são suas contratadas. Devem, inclusive, assegurar que todos os responsáveis, no aparelho estatal, por orientar práticas empresariais, o façam de acordo com a responsabilidade que estas empresas devem ter em relação à proteção de direitos humanos, exigindo-se, inclusive, a adoção de um marco normativo que assegure tal proteção quando se tratar do relacionamento do Estado com outros Estados ou empresas.

O segundo pilar trata da responsabilidade das empresas em respeitar os direitos humanos. São quatorze princípios que esclarecem como o respeito aos direitos humanos pode ser observado pelas empresas. Cuida-se de enunciar que os princípios se voltam à proteção dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos e que todas as atividades das empresas estão abarcadas. Assim, trata-se de não violar direitos humanos nas relações com funcionários, clientes, colaboradores e fornecedores. Esclarece-se ainda, que não há qualquer restrição para se exigir a adoção dos princípios, como tamanho, setor, contexto operacional, proprietário ou estrutura da empresa. Todas devem agir de acordo com o que estabelecem os princípios. Esses critérios, no entanto, aliados à gravidade dos impactos negativos das atividades da empresa sobre os direitos humanos, podem ser utilizados para avaliar a grandeza e complexidade dos instrumentos utilizados pelas empresas para cumprir com seu dever de respeito aos direitos humanos. Para se desvencilhar de sua obrigação de respeito, as empresas devem ter um compromisso

político, mediante uma declaração aprovada por suas altas instâncias de direção, e à qual se dê ampla publicidade, com claros padrões de postura para seu pessoal, sócios e outros que se relacionem com suas operações. Além disso, devem realizar auditorias que avaliem o impacto real e potencial de suas atividades sobre direitos humanos, assim como devem acompanhar as respostas e devem comunicar como as consequências negativas de sua atividade serão enfrentadas. Tudo isso com auxílio de especialistas em direitos humanos e com a oitiva de grupos potencialmente afetados e partes interessadas. As empresas devem, ainda, cuidar da prevenção para que os direitos humanos não sejam violados. Para isso, devem monitorar a aplicação de sua política de direitos humanos, com base em indicadores qualitativos e quantitativos adequados e integrados às fontes internas e externas de informações. Se as medidas de prevenção não forem suficientes, no caso de violações, as empresas devem estar preparadas para dar publicidade ao quanto fazem e fizeram em relação ao dano, assim como para reparar os danos.

O terceiro pilar trata do acesso a mecanismos de reparação. Para Amol Mehra, o terceiro pilar é o 'pilar perdido' de Indiana Jones (MEHRA, 2015). Incluem mecanismos para receber e analisar as reclamações das vítimas que são importantes para garantir a reparação. Essa lógica se aplica tanto para Estados quanto para empresas. Alternativas não judicias podem ser mais acessíveis e eficientes, especialmente em locais onde o judiciário local é de difícil acesso ou não consegue promover acesso efetivo à reparação de danos. Para Ruggie, os mecanismos não judiciais devem conter algumas características para serem confiáveis e efetivos: legitimidade, acessibilidade, previsibilidade, igualdade de condições para as partes, observância de padrões internacionais e transparência.

Do que se apresenta, é possível concluir que os Princípios sugerem que as empresas devem agir com a devida diligência para afastar a responsabilidade. Esse conceito deve orientar as decisões que a companhia deve tomar para prevenir e resolver impactos adversos nos direitos humanos. A devida diligência envolve a adoção de políticas integradas em todas as áreas da empresa, acompanhamento de ações com potenciais impactos, transparência e criação de mecanismos para lidar com violações que não puderam ser evitadas.

Dois conceitos essenciais que comportam o *framework* da responsabilidade das empresas são a "esfera de influência" e "cumplicidade". Eles foram importados do *Global Compact*, do qual Ruggie participou. As esferas de influência são importantes para a atribuição de responsabilidade tanto das ações diretas da companhia quanto das ações de outros entes dentro de sua esfera de influência. Quanto maior a influência, mais responsabilidade em relação à conduta daqueles que poderiam ser influenciados. Contudo, essa

responsabilidade não existe em todos os casos, ela é limitada pelo conceito de cumplicidade. A devida diligência evita a cumplicidade nas violações de direitos humanos, não só em relação à conduta da própria empresa, mas também nas relações desta última com entes em sua esfera de influência. A cumplicidade deve ser avaliada no caso concreto e é extremamente importante para os casos de responsabilização penal. Auferir benefícios em razão das violações também traz impactos negativos para as companhias e pode ser considerada para caracterizar cumplicidade.

3. As conquistas e os desafios ainda não resolvidos pelos Princípios Ruggie

Fica claro do estudo do conteúdo dos princípios que o Estado tem o dever de evitar abusos e violações de direitos humanos praticados por terceiros, incluindo empresas, através de políticas, regulamentos e julgamentos apropriados. Também fica clara a existência da responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos, por meio de auditorias para prevenção e para abordar os impactos negativos das atividades empresariais.

Ocorre que a confiança depositada nas mãos de Ruggie, pelos atores envolvidos com o tema, demandava uma maior responsabilização das empresas por meio de regras mais incisivas acerca de suas obrigações. A experiência anterior, com as Normas e sua rejeição pelas Nações Unidas, pode ter sido um fator importante para que Ruggie se afastasse da imposição de obrigações às corporações. De fato, há uma grande ênfase no papel do Estado enquanto detentor de obrigações. Essa situação é lamentada por muitos dos atores envolvidos, eis que se perdeu uma grande oportunidade de finalmente incorporar as empresas entre os obrigados, o que parecia ser a intenção de Ruggie no início dos trabalhos.

Parece que, no geral, a sensação é de que para a sociedade civil, os princípios dão dois passos a frente, e um para trás (CERNIC, 2010). Este autor menciona várias manifestações críticas aos Princípios editados, como a da Anistia Internacional que demanda por maior clareza nas medidas legais que os Estados podem tomar para regular as empresas (Anistia Internacional, 2010). Ou ainda, a manifestação da Ong *Human Rights Advocate*, que alerta para o fato de que a dicção dos princípios parece deixar aos governos nacionais a tarefa de definir o que seja a observância de direitos humanos, enfraquecendo o papel das empresas e as deixando sem quaisquer outras obrigações que não a realização da *due diligence* (Human Rights Advocates, 2010).

A linguagem dos princípios também é criticada por ser deveras fraca e suave. Isso fica claro no excessivo uso de palavras como 'encorajar' e termos como 'onde apropriado', a ponto de alguns autores entenderem que a linguagem utilizada é um retrocesso em relação às obrigações já estabelecidas de direitos humanos.

Nos comentários ao segundo princípio, o Representante Especial Ruggie alega que na atualidade, os Estados não tem, em geral, a obrigação sob normas internacionais de direitos humanos, de regular as atividades extraterritoriais de empresas domiciliadas em seu território ou sob sua jurisdição. Todavia, na Convenção Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, há previsão da obrigação dos Estados de proteger, incluindo o dever de prevenção de que terceiros violem direitos humanos no exterior (JAGERS, 2011).

Por outro lado, a responsabilidade de respeitar configura-se no dever de realizar a *due diligence* que é atribuída a todas as corporações e suas subsidiarias, independentemente de sua localização, o que reforça a ideia de que a extraterritorialidade pode ser defendida eis que o dever de conduzir uma *due diligence* extrapola a empresa mãe e se espalha para toda a sua cadeia de fornecedores, afiliadas e subsidiarias (JAGERS, 2011). Todavia, não está claro como esse dever será operacionalizado eis que há, para citar somente um entrave, a responsabilidade limitada das empresas às pessoas jurídicas que as constituem.

Em relação ao terceiro pilar, as organizações não-governamentais têm sido as mais críticas eis que, sob sua visão, falta uma ênfase maior nos remédios judiciais disponíveis (JAGERS, 2011). De fato, a grande aposta dos princípios está nas garantias não-judiciais, o que pode enfraquecer o sistema.

Assim, as empresas que não estejam dispostas à atuar de acordo com os Princípios não tem muito a temer, eis que a "obrigação continua a recair sobre os Estados, fazendo com que os Princípios sejam incapazes de remediar situações nas quais os Estados ou sejam incapazes ou não tenham vontade política de fazer mais para prevenir" (AMERSON, 2012, p.930) que os indivíduos sofram com violações de direitos humanos.

Estas críticas deixam cristalina a ideia de que a responsabilidade de respeitar os Direitos Humanos deve abranger Estados, pessoas naturais e jurídicas, independente da forma societária ou da extensão de suas atividades. Qualquer pessoa jurídica, com finalidade lucrativa ou não, de pequeno ou grande porte, com atividades restritas ao território de um país ou com operações internacionais, é co-responsável pela proteção dos

Direitos Humanos. Entretanto, a responsabilização das empresas multinacionais ou transnacionais apresenta dificuldades adicionais pela multiplicidade de jurisdições envolvidas no exercício de suas atividades. Além disso, possuem, em geral, grande poder econômico e influência sobre Estados ansiosos por atrair capital estrangeiro.

Essas empresas utilizam sua posição de provedoras de recursos financeiros para afastar normas que ampliem sua responsabilização e reduzam seu espaço livre de atuação (PRIOSTE e HOSHINO, 2009). Aliás, esse espaço livre, para navegar entre jurisdições, é que permite que selecionem as normas que lhes são mais favoráveis. A força persuasiva do argumento econômico reduz as chances de sucesso de demandas de vítimas de abusos cometidos por transnacionais. Portanto, não obstante a existência da responsabilidade das empresas nacionais, reconhece-se que a responsabilização das transnacionais impõe desafios adicionais que o Direito Internacional pode responder. Ruggie reconhece esse vazio no espaço regulatório resultado da globalização.

Os Princípios Orientadores das Nações Unidas (UNGP) reconhecem que não existe óbice ao exercício de controle pelo Estado de nacionalidade da empresa. Contudo, estender a jurisdição pode encontrar resistência dos Estados em que as operações das transnacionais ocorrem, pelos possíveis conflitos de competência. O exercício de regulação extraterritorial pode esbarrar na soberania do país anfitrião. Além disso, pode ser difícil comprovar o vínculo entre a matriz e suas subsidiárias por razões de arranjo societário. Alegando facilidades para operar, regimes tributários mais favoráveis e exigências de parcerias com empresas nacionais, várias transnacionais realizam múltiplos arranjos societários, estabelecem sua sede em paraísos fiscais e descentralizam atividades e poder decisório. Em muitos casos, a sede é apenas uma ficção que não corresponde ao centro do exercício da atividade empresarial. Está limitada a uma caixa postal.

A atribuição direta de responsabilidade para empresas por meio de tratados internacionais ainda encontra resistência. Para alguns doutrinadores, normas internacionais não poderiam trazer obrigações para entes que não são sujeitos de Direito Internacional, como é o caso das empresas (JOHNS, 1993). Ruggie (2014a) reconheceu as dificuldades teóricas dessa atribuição de responsabilidade e criticou duramente a proposta das Normas de Responsabilização das Empresas Transnacionais, discutidas anteriormente no âmbito da ONU.

Contudo, ainda que se reconheça as dificuldades teóricas da defesa de responsabilização direta das empresas, devemos reconhecer que indivíduos e empresas estão sob a autoridade regulatória dos Estados. Estes últimos têm capacidade para determinar de que forma essa regulação será exercida: pela lei doméstica ou por norma internacional. Nesse último caso, cada sistema jurídico nacional deve prever as formalidades necessárias para que a norma internacional seja incorporada ao corpo normativo doméstico. Obedecidos os procedimentos legais, normas de origem internacional são obrigatórias para indivíduos e empresas sujeitos à jurisdição do Estado .

A despeito das controvérsias sobre a imposição de obrigações diretas às empresas, Knox (2011) entende que o Direito Internacional vigente alcança os atores privados indiretamente. Os Estados continuam tendo a obrigação primária e devem responder internacionalmente no caso de violações. Contudo, as violações previstas em vários tratados são perpetradas por indivíduos. A Convenção sobre Tortura e a Convenção para Eliminação da Discriminação contra a Mulher exigem que o Estado não realize as condutas tipificadas e atue para que terceiros (indivíduos e empresas) se abstenham da prática. Indiretamente, indivíduos e empresas estão obrigados a respeitar acordos internacionais firmados por seus Estados.

Além disso, cabe discutir a responsabilização de empresas envolvidas em funções originalmente desempenhadas pelos Estados. Se os Direitos Humanos foram concebidos, originalmente, com o objetivo de proteger indivíduos da ação estatal, quando algumas funções estatais são assumidas por outras entidades capazes de violar seus direitos, poderíamos argumentar que essas entidades são co-obrigadas. (DANAILOV, 1998). Permissões, concessões parcerias e contratações envolvendo entes públicos e privados evidenciam os novos arranjos na divisão de competências públicas e privadas. Foi o que definiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Ximenes Lopes vs. Brasil, em 2006, ao definir que o Estado é responsável pela atuação dos concessionários de seus serviços.

Do exposto, entende-se que o reconhecimento de personalidade jurídica internacional não é condição para inclusão de obrigações em instrumentos de Direito Internacional, até porque essa inserção não se faz sem a mediação estatal. Indivíduos e empresas estão sujeitos à regulação estatal e os Estados têm competência para definir de que forma exercem esse poder: diretamente ou delegando a uma esfera internacional. Cabe aos Estados

decidir se desejam dispor sobre obrigações das empresas de respeitar os Direitos Humanos e como fazê-lo. Esse processo já foi iniciado com a aprovação das UNGP pela Comissão de Direitos Humanos da ONU.

3.1. Princípios Orientadores das Nações Unidas: o fim do começo

Apesar de admitir que não existem contradições entre a implementação das UNGP e a codificação futura de um tratado, Ruggie (2014b) parece não acreditar muito na última opção. Ele ressalta as dificuldade de alcançar consenso. Além da oposição dos tradicionais Estados exportadores de capital, outros Estados surgem no mercado internacional, interessados em proteger suas empresas. Ruggie também acredita que um tratado dificilmente lograria abranger a quantidade de direitos constantes dos Princípios. Sem uma linguagem especifica, um tratado poderia resultar ineficiente. Ele sugere identificar os espaços regulatórios, as dificuldades dos UNGP e prosseguir a partir daí.

Não existe contradição entre a implementação dos Princípios Orientadores e codificação futura da matéria. A elaboração de um tratado não prejudica a adoção dos UNGP. Não há duvida de que os Princípios foram muito importantes para trazer o assunto para discussão. Contudo, por sua natureza voluntária, não se afastaram muito do proposto pelo "Global Compact" e sofrem, por isso, as mesmas críticas. Afetam o comportamento de Estados e empresas comprometidos com os esses valores. Companhias que guiam suas decisões puramente pelo lucro não são compelidas a mudar de postura, exceto se uma justificativa econômica lhes for apresentada. Vítimas de violações continuam sem opções para fazerem ouvir a sua voz. É hora de avançar.

A normatização da matéria por um instrumento de *hard law*, ainda que inicialmente não conte com um consenso geral, pode acelerar a implementação do que foi proposto nos Princípios. Uma norma não surge a partir de um consenso imediato. Do surgimento à internalização e aceitação, o processo se dá em cascata (FINNEMORE e SIKKINK, 2010). A aceitação de uma norma pela comunidade internacional de Estados passa por fases. Inicialmente, os Estados precisam ser persuadidos pelos "patrocinadores das normas". Estados com força política, que já pautam sua legislação por padrões mais exigentes para as empresas, podem encabeçar esse processo. Esse pontapé tende a ser seguido gradualmente por Estados, numa "dinâmica de imitação" que caracteriza o "efeito cascata"

(FINNEMORE e SIKKINK, 2010). Essa segunda etapa é influenciada por uma combinação de pressão pela adesão, desejo de aceitação pela comunidade internacional e outras causas internas. Quando a norma alcança um grupo significativo, ela passa a fazer parte do *Framework* do Direito Internacional, reduzindo e até eliminando o debate público sobre sua legitimidade.

Não há duvidas de que a codificação da matéria seria o desejável, contudo, há que se ponderar que o sucesso vai requerer a maior adesão possível. No intuito de reunir mais Estados, a proposta poderia ser menos ambiciosa. Não existe uma oposição de Ruggie a um tratado, mas a preocupação de que o instrumento não tenha aplicação efetiva. Na esteira do que foi sugerido por Ruggie (2014b) o passo inicial seria a criação de um acordo que tratasse de casos de violações graves aos direitos humanos. Essa parece ser uma iniciativa viável por três razões, segundo o autor.

A primeira seria pelo próprio conteúdo do acordo. Violações graves têm maior impacto na comunidade internacional. Seria mais fácil conseguir consenso para um tratado que inclua casos graves, a exemplo do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Estados e empresas teriam maior clareza sobre quais condutas seriam responsabilizadas.

A segunda seria pela própria introdução do tema em um instrumento vinculante. Como mencionamos na introdução deste trabalho, existem discussões sobre a inserção de responsabilidade para empresas em instrumentos de Direito Internacional. A assinatura de um tratado prevendo a responsabilidade das empresas poderia contribuir para afastar esses questionamentos e vencer resistências. O rol de direitos protegidos poderia ser ampliado gradualmente.

A terceira razão se assenta na eficiência. Um tratado complexo vai exigir uma estrutura maior para fiscalizar a implementação de seus dispositivos. A codificação de normas não garante, por si só, sua observância. Um rol enxuto garante maior controle e fiscalização e permite avaliar melhor a implementação das normas.

Não resta dúvida de que os UNGP resultam num grande avanço para a proteção dos Direitos Humanos. Diante do impasse gerado pela proposta de Normas, os Princípios oportunamente acalmaram os ânimos e lograram consenso. Sua implementação pode ser perseguida de diversas formas, em diversos instrumentos, dentre eles, um tratado. Para Surya Deva (2016), o

Grupo de Trabalho das Nações Unidas tem a responsabilidade de cuidar do terceiro pilar dos princípios e ele está convencido de que sem um tratado, este pilar não será implementado.

Os princípios devem ser transformados em um instrumento vinculante porque em *hard cases,* quando falta vontade política ou o Estado não tem força perante as transnacionais, os UNGP não são suficientes. A ausência de instrumento de *hard law*, que inclua além de obrigações, a indicação de fórum internacional que receba as reclamações das vítimas, torna muito difícil a responsabilização das empresas fora dos judiciários locais. A Corte Internacional de Justiça tem jurisdição restrita aos Estados. A busca de reparação por essa via depende do exercício da proteção diplomática pelo Estado de nacionalidade da vítima. O Tribunal Penal Internacional tem jurisdição apenas sobre pessoas naturais para crimes considerados de maior gravidade, a exemplo do genocídio e crimes de guerra. No contexto regional, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o réu será sempre o Estado.

Ruggie considera que focar apenas nas transnacionais pode deixar de fora as ações das terceirizadas nacionais. Além de excluir as violações feitas por companhias locais, as transnacionais poderiam ser incentivadas a adotar novas formas societárias tornando ainda mais longínquo o vínculo entre as diversas unidades. Contudo, a regulação das transnacionais não exclui a das empresas locais. Um tratado que contemple obrigações para as empresas transnacionais não reduz a responsabilidade dos Estados. Eles continuam a ser detentores primários das obrigações. O Direito Internacional, nesse caso, busca agir nos espaços regulatórios resultantes da ação internacional das empresas.

Ademais, é possível alcançar as empresas terceirizadas pelo monitoramento da cadeia de produção. Pelo conceito de "esfera de influência" e "cumplicidade" é possível atribuir responsabilidade solidária às transnacionais que adquirem bens ou serviços de empresas locais violadoras de DH.

Para além de tudo isso, os UNGP têm o mérito de procurar engajar e promover a cooperação entre os diferentes governos, empresas e sociedade civil (MURNINGHAM, 2011). A intensa participação de agentes privados nas discussões permite que as empresas se engajem nesse projeto e compreendam que proteger direitos humanos não está em oposição aos seus objetivos econômicos.

O direito internacional ainda precisa evoluir para admitir, com clareza, a responsabilização destas pessoas, todavia, parece não haver outra opção sob o ponto de vista das possibilidades de incrementar o respeito aos direitos humanos. Se o impasse parece contrapor a necessidade

de um instrumento vinculante e a efetividade desse instrumento, a codificação de violações mais graves parece ser o próximo passo. Superado o drama inicial, o rol dos Direitos Humanos protegidos por tratados poderá ser ampliado.

4. Considerações finais

De tudo o que foi dito, é forçoso concluir que a elaboração dos princípios não se deu em um ato isolado de preocupação com o respeito aos direitos humanos. Trata-se de preocupação que há alguns anos ocupava diversos atores que tentavam conjugar suas necessidades e possibilidades, entre a impossibilidade de responsabilizar outrem que não o Estado e a real expectativa de responsabilização de empresas por violações a direitos humanos.

Não se pode diminuir a importância dos princípios, por terem trazido à evidência o reconhecimento de atores diferentes enquanto responsáveis por violações de Direitos Humanos. Não se pode esquecer as palavras de David Kinley e Rachel Chambers (2006) para quem uma das mais fundamentais falhas do direito internacional dos direitos humanos é sua visão unidimensional do Estado enquanto único ente detentor de responsabilidades. É preciso ver a mudança nesta visão acontecer.

Os Princípios de Ruggie representaram uma avanço no reconhecimento da responsabilidade das empresas por violações aos Direitos Humanos. O trabalho, contudo, não termina aí. O "fim do começo", como reconhecido pelo próprio Ruggie, demonstra que há muito a fazer. A migração para instrumentos de hard law parece ser a via a ser percorrida. A velocidade e a maneira de se realizar o percurso deverão ser definidas pela comunidade internacional interessada: Estados, organizações internacionais, empresas e sociedade civil.

REFERÊNCIAS

AMERSON, Jena Martin. The End of the Beginning?:A Comprehensive Look at the U.N.'s Business and Human Rights Agenda From a Bystander Perspective, **17 FORDHAM J. CORP. & FN. L.** 871 (2012). Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/jcfl/vol17/iss4/1/>. Acesso em: 17 maio de 2016.

ANISTIA INTERNACIONAL. Statement. 1 Junho 2010, Disponível em: <http://www.business- humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/ReportstoUNHumanRightsCouncil/2010>. Acesso em 16 maio de 2016.

BILCHITZ, David. **The Moral and Legal Necessity for a Business and Human Rights Treaty.** 30 de Novembro de 2014. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2562760>. Acesso em: 15 maio de 2016.

BRASIL. **Decreto no. 591, de 6 de Julho de 1992:** promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, concluído em 19 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2016.

BRASIL. **Decreto no. 591, de 06 de Julho de 1992:** promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, concluído em 19 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 30 maio de 2016.

BRASIL. **Decreto no. 7.030, de 14 de Dezembro de 2009:** promulga a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 30 maio de 2016.

CARDIA, Ana Cláudia Ruy**. Empresas, Direitos Humanos e Gênero:** Desafios e perspectivas na proteção e no empoderamento da mulher pelas empresas transnacionais. Rio de Janeiro: Buqui, 2015.

CERNIC, Jernej Letnar. Two Steps Forward, One Step Back: The 2010 Report by the UN Special Representative on Business and Human Rights, **11 GERMAN L.J. 1264** (2010). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1720087>. Acesso em: 15.maio de 2016.

CONVENTION on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Washington, 1965. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf> Acesso em: 06 maio de 2016.

DANAILOV, Silvia. **The Accountability of Non-State Actors for Human Rights Violations: the Special Case of Transnational Corporations.** Genebra, outubro de 1998. Disponível em: <http://www.humanrights.ch/upload/pdf/000303_danailov_studie.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2016.

DEVA, Surya. **Palestra no Encontro Anual da Sociedade Americana de Direito Internacional.** 31/03/2016.

FINNEMORE, Martha e SIKKINK, Kathyn. International Norm Dynamics and Political Change. **International Organization, vol. 52,** n. 4, Outono de 1998. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2601361?seq=1#page_scan_tab_contents>.

Human Rights Advocates, 3 June 2010, available at: <http://www.business- humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/ReportstoUNHumanRightsCouncil/2010>. Acesso em: 10 maio de 2016.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Second Phase), (Belgium v. Spain). Julgamento de 05 de fevereiro de 1970. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5389.pdf>. Acesso em: 22 mar. de 2016.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. (2001) **The Yearbook of the International Law Commission,** 2001, vol. II, Part Two. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>. Acesso em 30 maio de 2016.

JAGERS, Nicola. Un Guiding Principles on Business Ans HumAn Rights: Making Headway towards real corporate accountability? **Netherlands Quarterly of Human Rights,** Vol. 29/2 (2011) 159-163.

KINLEY, David; CHAMBERS, Rachel, The U.N. Human Rights Norms for Corporations: The Private Implications of Public International Law**, 6 HUM. RTS. L. REV. 447.** Disponível em: <http://sydney.edu.au/law/scil/documents/2009/SCILWP9.pdf>.

KNOX, John H. **The Ruggie Rules:** Applying Rights Law to Corporations. The UN Guiding Principles on Business and Human Rights (Radu Mares ed., 2012) Wake Forest Univ Legal Studies Paper No. 1916664. 16 de Agosto de 2011. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1916664>. Acesso em: 15 maio de 2016.

JOHNS, Fleur. The invisibility of the Transnational Corporation: an analysis of International Law and Legal Theory. **Melbourne University Law Review,** Vol. 19, 1993/1994, p. 893-923.

MARTIN, Jena. "The End of the Beginning?": a Comprehensive Look at the U.N.'s Business and Human Rights Agenda From a Bystander Perspective. Fordham Journal of Corporate & Financial Law, vol. 17, 2012. WVU Law Research Paper No. 2012-4. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2487348>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

MEHRA, Amol. **Palestra no Encontro Anual da Sociedade Americana de Direito Internacional.** 31/03/2016.

MURNINGHAN, March. **Human Rights:** A Moral and Material Business Concern, THE MURNINGHAN POST (June 30, 2011), <http://murninghanpost.com/2011/06/30/huma n-rights-a-moral-and-material-business--concern/>. Acesso em: 15 maio de 2016.

PRIOSTE, Fernando Gallardo Vieira; HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. **Empresas Transnacionais no Banco dos Réus:** Violações de Direitos Humanos e Possibilidades de Responsabilização. Curitiba: Terra de Direitos, 2009.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público:** Curso Elementar. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUGGIE, John Gerard. Global Governance and "New Governance Theory": Lessons from Business and Human Rights, 20 Global Governance, (2014), p. 1-12.

RUGGIE, John Gerard. Closing Plenary Remarks, Third United Nations Forum on Business & Human Rights, Geneva, Dec. 3, 2014. Disponível em: <http://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/ruggie--un-forum-dec-2014.pdf>.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Velásquez Rodríguez vc. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em: 03 maio de 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003). **Approved August 13,** 2003, by U.N. Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights resolution2003/16, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/L.11 (2003).

_____. **Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie:** Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights, UN Doc. A/HRC/8/5 (7 April 2008). Disponível em: <http://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/human_rights/Human_Rights_Working_Group/29Apr08_7_Report_of_SRSG_to_HRC.pdf>.

UN GLOBAL COMPACT. **After the Signature:** A Guide to Engagement in the United Nations Global Compact (January 2012). Disponível em: < http://www.unglobalcompact.org/docs/news_events/8.1/after_the_signature.pdf>. Acesso em: 30 maio de 2016.

WEISSBRODT, David; KRUGER, Muria. Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights. **American Journal of International Law,** vol. 97, ano 2003. Disponível em: <http://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/243>. Acesso em: 05 maio de 2016.

EMPRESAS TRANSNACIONAIS, ORDEM ECONÔMICA E DIREITOS HUMANOS

Frederico da Costa Carvalho Neto[75]
Rosana Pereira Passarelli[76]

RESUMO
O artigo pretende apresentar uma visão crítica sobre aspectos trazidos pela nova ordem econômica internacional imposta sob o ritmo da globalização, e encabeçada pela operação das empresas transnacionais que acabam por colocar as sociedades e Estados à mercê de barganhas de Direitos Humanos. Trata-se de estudo jurídico-teórico onde predominam pesquisas a referenciais teóricos, no qual avalia-se o poder econômico trazido pela operação das transnacionais que, manipulam e influenciam a economia e a ordem social das regiões onde estão localizadas, comandando muitas vezes, a exploração de recursos necessários para produção, lucro e maximização de seus resultados sem muita preocupação com a ordem social, desafiando o poder estatal quanto à repressão dessas condutas. Entendemos que o artigo pode contribuir com a comunidade acadêmica, por versar sobre tema novo e pouco estudado e que tem o intuito de buscar uma resposta para um problema que afeta grande parte dos países em desenvolvimento.
Palavras Chave: Transnacionais, Direitos Humanos, Ordem Econômica

ABSTRACT
The article seeks to present a critical view about aspects brought by the new international economic order imposed on the pace of globalization, and lead by the operation of transnational companies which put the societies and States at the mercy of bargains of Human Rights. This is legal-theorical ressearch study and theorical referentece in which evaluates whether brought by the economic power of transnational operation handling and was his economics and social order of the regions where they are located, runing often, exploitation of resource needed to produce profit and maximizing their results without much concern for social order and challenging State power how much repression in these pratices. We understand that the article may contribute to the academic community by treating about a new theme understudied and there´s a lot of way to get an answer to a problem that effects a large part of the developing conutries.
Keywords: Transnational, Human Rights, Economic Order

75 Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor da PUC-SP e da Universidade Nove de Julho. Advogado.
76 Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho. Advogada.

1 - A Globalização

Se após a segunda grande guerra o mundo esteve dividido pela guerra fria[77], basicamente entre o capitalismo e o socialismo, ocidente e oriente, leste e oeste europeu a ponto de cindir um pais ao meio, no caso da Alemanha em ocidental e oriental, essa separação que tinha um aspecto interessante, forçando tanto um bloco como o outro a mostrar as vantagens de cada regime econômico e político, propiciando, por exemplo, o sistema de bem-estar social na Europa Ocidental. Após a chamada queda do muro de Berlim[78], o fato mais do que esperado, pois o que precisa ser imposto é por que não se sustenta, abriu a oportunidade para o famigerado processo de globalização[79].

Esse processo cantado em verso e prosa por muitos, principalmente pelos agentes econômicos, transformou o mundo de tal forma que valores anteriormente tidos como sagrados, como a soberania, concebida por Jean Bodin[80], deixaram de ser relevantes em nome da chamada nova ordem econômica internacional, que não tem mais ideologia, limites e que se sobrepõe a soberania dos Estados[81], o que é muito perigoso, na medida em que os direitos acabam entrando em colisão com a necessidade de geração de empregos fazendo com que governantes cedam aos interesse de investidores ao invés de buscar a melhoria da qualidade de vida do cidadão.

O mundo não tem mais diferenças substantivas em termos econômicos. Se antes o socialismo era satanizado por quase todo o ocidente, hoje esse mesmo ocidente compra e vende produtos para China pouco se importando com o fato daquele país crescer economicamente por explorar mão de obra barata, de ser um regime totalitário, e principalmente de "roubar" milhões de emprego das indústrias nacionais, que na verdade não têm mais pátria.

---

77 Com o término da Segunda Guerra Mundial, em 1945, teve início um novo período e um conflito diferente denominado **Guerra Fria**. Estados Unidos e União Soviética que lutaram do mesmo lado na segunda guerra para derrotar Alemanha, Japão e Itália, passaram a ser as duas grandes potências militares. Mesmo antagônicas e concorrentes, nunca se enfrentaram diretamente, mas patrocinaram vários conflitos em lados opostos no Vietnã, no Oriente Médio e em outros locais.

78 O **Muro de Berlim** foi construído em 1961 e dividiu por 28 anos a Alemanha em dois blocos: a República Democrática da Alemanha - que seguia o regime socialista liderado pela União Soviética - e a República Federal da Alemanha -conduzida sob o regime capitalista. Depois da derrocada dos regimes socialistas, ele foi derrubado em 9 de novembro de 1989.

79 Neste sentido Zygmunt Bauman, observa: "Antes do colapso do bloco comunista, a natureza contingente, errática e volúvel do estado de coisas global não era tão inexistente assim, mas retirada do foco pela reprodução diária do equilíbrio entre as potencias mundiais, que consumia todas as energias e pensamentos. Dividindo o mundo, a política de poder produzia a imagem de totalidade". Em Globalização, As Consequencias Humanas, Jorge Zahar Editor, pp.65/66,

80 Em Os Seis Livros da República.

81 Gilberto Bercovici define soberania como: "Qualidade essencial do Estado, também entendida como um sinônimo de poder do Estado, cuja unidade não impede a divisão vertical(federalismo) ou horizontal(organixação de poderes) de seu exercício.Em Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional, Coordenação Dimitri Dimoulis, Editora Saraiva, p. 385. Pietro de Jesús Lora Alarcon, define a soberania do ponto de vista jurídico como: "Do ponto e vista jurídico a soberania se expressa como a condução permanente de qualquer manifestação de força social ao Estado, que adquire assim personalidade. É dizer, age como um sujeito, uma pessoa, com plena capacidade de assumir direitos e obrigações. " Em Ciência Política, Estado e Direito Público, Editora Verbatim, p. 93.

Neste sentido Rosa Nery cita François Houtart que aponta a mudança de poder do Estado para a empresa e que esta não tem mais raízes[82]. Esse desmonte do Estado, entre nós tão reclamado pelos agentes econômicos do chamado "mercado", um ente de poucos para poucos em detrimento de muitos, tem por finalidade gerar recursos para os mesmos poucos de sempre. E sempre fora do alcance dos Estados, buscando locais com a menor intervenção legal possível, querendo fazer crer que o mercado pode resolver todos os problemas referentes as desigualdades, o que nunca conseguiu ser demonstrado.

Zygmunt Bauman cita G.H. von Wright [83], para quem a "nação-estado parece que está desgastando ou talvez definhando. As forças erosivas são transnacionais". Pietro Alarcon[84], falando sobre a globalização e a crise da soberania diz que a primeira "impõe de fora do pais a produção, distribuição e comercialização de mercadorias". Celso Furtado alertava que a globalização desestrutura os sistemas produtivos nacionais beneficiando a grandes empresas[85].

Bauman, no mesmo sentido, afirma que a universalidade não é inimiga da diferença. Segundo o autor, a universalidade[86]"não requer a homogeneidade cultural", mas preza por proporcionar espaço ao pluralismo e, assim, incentiva à "discussão contínua sobre as condições compartilhadas do bem."[87] Cláudia Lima Marques afirma que "o pluralismo, a pluralidade de métodos, de fontes e de agentes econômicos caracteriza e desafia o direito atual."[88] Tal afirmação ocorre pelo fato que o *droit à la differènce*, consequência da globalização, acarreta na descodificação, na variedade de normas jurídicas e na forte diversidade de fontes.

Se é certo que a globalização aproximou as pessoas, abriu a porta para o conhecimento, abriu fronteiras, também é certo que comprometeu as diferenças, apagou parte da história, dos costumes, podendo levar a uma perigosa homogeneidade cultural.

82 Em Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado, Editora Revista dos Tribunais, p.65.

83 Idem, p. 64.

84 Idem, p. 103.

85 Em *www.correiocidadania.com.br/antigo/ed160/politica2.htm*A conferência de *Celso Furtado* na seção de abertura do seminário Desenvolvimento: Fato e Mito, realizada no Rio de Janeiro,

86 BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000. p.204.

87 BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003. p. 126.

88 MARQUES, Cláudia Lima. Superação das Antinomias pelo diálogo das fontes. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor*. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 702.

2- Globalização no Brasil

É preciso sempre resgatar a história para afastar de vez a estória contada pelos poucos, mas barulhentos saudosos da ditadura militar no Brasil, período que precedeu à globalização e a abertura da economia brasileira iniciada no governo Collor.

Interessante olhar o Brasil antes e depois da globalização. Antes e estamos falando das décadas de 60, 70 e 80, o Brasil foi governado por uma corja de militares, apoiados pela elite econômica e por boa parte da classe média, que governou o pais atendendo aquela mínima e cada vez mais rica parcela da sociedade.

Foram dois marechais (Castello Branco e Costa e Silva) e três generais (Médici, Geisel e Figueiredo) cada um pior que o outro, que só esteve no poder por força das armas e teve a mesma legitimidade que tem o chefe do tráfico no morro, a força, a brutalidade. Essa turma que nunca foi da conversa, que sempre se pautou pelo princípio da ordem e de dar ordens fez muito mal ao país.

O primeiro, que ainda é tido como bom presidente pelos economistas, muitos deles leais aos fins, mas descompromissados com os meios, cassou o mandato e os direitos políticos de todos aqueles que poderiam lhe fazer sombra. O segundo, limitado intelectualmente e signatário de um dos maiores arbítrios que o pais já teve notícia, o Ato Institucional número cinco o AI-5. O terceiro, um facínora que dizia gostar de futebol e influiu diretamente na composição da seleção brasileira de 1970[89]. O quarto era um pretenso administrador. E dele se tem dois péssimos exemplos de má gestão, de um homem sem qualquer visão. Ernesto Geisel foi presidente da Petrobras de 1969 a 1973 no período que antecedeu a conhecida crise do petróleo[90]. Durante sua gestão na empresa, foi inflexível, não investiu nem direta e nem indiretamente na prospecção dessa energia não renovável, num momento em que o Brasil era importador de petróleo e extremamente vulnerável a qualquer volatilidade nesse mercado marcado por diferenças étnicas e disputas políticas[91]. Se li-

89 Sua influência se deu na troca do comando técnico da seleção brasileira em 1970 com a substituição do então técnico, o jornalista João Saldanha, pelo treinador Mario Jorge Lobo Zagalo e a inclusão do centroavante Dario, de quem o militar era fã, na lista de jogadores convocados para a Copa do Mundo de Futebol que se realizou no México em 1970.

90 *" No início da década de 1970, os principais países produtores do Oriente Médio, como Arábia Saudita, Irã, Iraque e Kuwait começam a regular as exportações do óleo às nações consumidoras. Mas o choque vem mesmo em 1973, por motivações políticas. Literalmente, o petróleo árabe vira arma contra o mundo ocidental, principalmente os Estados Unidos e países europeus que declararam apoio a Israel na Guerra do Yom Kippur (Dia do Perdão) contra Egito e Síria. As retaliações causam pânico global: em 16 de outubro, as vendas para os EUA, maiores importadores mundiais, e para a Europa são embargadas; a produção sofre firme redução em tempos de alta demanda, forçando o preço do barril a subir cerca de 400% em três meses, de US$ 2,90, em outubro de 1973, para US$ 11,65, em janeiro do ano seguinte*" Em História do Petróleo, Revista do Ipea (Instituto de Pesquisa de Economia Aplicada) Edição **59, 2010.**

91 A prospecção indireta poderia ter sido realizada pela utilização dos chamados contratos de risco, que posteriormente

mitou a investir maciçamente na distribuição de derivados de petróleo, postos de gasolina, sem se preocupar com a fonte do recurso que era importado, desconsiderando que o país estava longe de ser autossuficiente naquela energia. Veio a crise do petróleo em 1973 e sufocou o país que da noite para o dia teve que arcar com os novos preços do produto que ele general não procurou, na verdade achou que não compensava o investimento tanto público como privado[92]. Posteriormente, a empresa com recursos próprios[93] fez altos investimentos na pesquisa, com eficiência reconhecida por todo o setor petrolífero, superior inclusive as grandes empresas internacionais.

Seu segundo e catastrófico erro se deu no governo, quando diante da crise que afetou a balança comercial, adorou medidas estapafúrdias. Para conter o consumo de combustíveis, determinou o fechamento dos postos de gasolina das 20h00 às 6h00 de segunda à sexta-feira e durante os finais de semana, além de reduzir o limite de velocidade em todas as estradas brasileira para 80km/hora. Diante do desequilíbrio da balança comercial, ordenou o fechamento da economia brasileira às importações, com o programa de substituição de importações que contava com restrições à importação e concessão de incentivos para o crescimento da indústria nacional. Foi o primeiro e decisivo passo para o sucateamento de grande parte do nosso parque industrial. Sem concorrência, as fábricas deixaram de investir em novos produtos, novas tecnologias, resultando na perda de muitos anos de competitividade. Com a eleição de Fernando Collor para a Presidência da República[94], teve início o processo de abertura econômica, com o conhecido Plano Collor[95].

---

foram adotados pela Petrobras, em que empresas privadas bancam as despesas com a pesquisa, assumem o risco, procuram poços de petróleo e se acharem algo, tem uma participação no que for encontrado.

92 Neste sentido o professor de economia da USP e ex-ministro no governo militar, Antônio Delfim Neto, em entrevista ao jornal Folha de São Paulo, reconheceu: "*Quem quebrou o Brasil foi o Geisel. O Geisel era presidente da Petrobras. A Petrobras passou 20 anos produzindo 120.000 barris por dia. Quando houve a crise do petróleo, as reservas eram praticamente iguais a um ano de exportação, não tinha dívida. A dívida feita no governo Geisel. O Geisel, na verdade, era o portador da verdade, O Geisel sempre tinha a verdade pronta. "* Folha de São Paulo, edição de 5 de abril de 2014, na série de reportagens sobre os 50 anos do golpe de 1964.

93 O Brasil até concedeu contratos de risco a empresas privadas. Entretanto, segundo o jornalista Ricardo Maranhão, as pesquisas da Petrobras foram muito mais eficientes: "*Nos 14 anos de vigência dos contratos de risco (1975-1988), foram celebrados 243 acordos com as 35 maiores e mais experientes empresas estrangeiras, que tiveram à disposição mais de 80% das bacias sedimentares brasileiras. No período 1977-1989, elas investiram US$ 1,1 bilhão, dos quais apenas US$ 350 milhões no Brasil. O saldo destinou-se ao pagamento de equipamentos e mão-de-obra no exterior. No mesmo período, a Petrobrás aplicou US$ 26 bilhões, ou seja, quase 80 vezes mais! As multinacionais perfuraram apenas 205 poços, contra 9.770 concluídos pela Petrobrás. Afora uma pequena ocorrência de gás na Bacia de Santos, de economicidade duvidosa, identificada pela Pecten, as companhias estrangeiras não descobriram nada. No mesmo período, a Petrobrás mais que quadruplicou a produção brasileira de óleo e gás equivalente, elevando-a de 169 mil barris em 1975 para 700 mil em 1989. Em razão do fracasso, os contratos foram proibidos pelos constituintes de 1988, quase por unanimidade. " Em Contratos de Risco,* Folha de São Paulo, 18 de abril de 1995.

94 Eleito para o mandato de 5(anos) de 15 de março de 1990 a 31 de dezembro de 1994, o presidente eleito sofreu um processo de impeachment, tendo sido afastado da presidência em 2 de outubro de 1992. O restante do mandato foi cumprido pelo Vice-Presidente Itamar Franco.

95 O Plano Collor lançado por Medida Provisória em 16 de março de 1990, após a posse do então presidente ocorrida no dia anterior e um feriado bancário de 3(três) dias, implicou e várias e drásticas medidas, dentre elas o confisco de ativos

Mas naquela altura a indústria teve que competir com outros países que estavam ou muito à frente em tecnologia ou com preços muito inferiores aos praticados no Brasil. Alguns setores, como o têxtil, sucumbiram parcialmente porque não tinham como concorrer com produtos subfaturados produzidos em países como a China que sabidamente exploram a mão de obra.

Claro que o país também recebeu novas empresas que aqui se instalaram, assim como fornecemos mercadorias, as chamadas commodities, para o exterior o que sem dúvida contribui para a balança comercial brasileira. Mas certamente o número de empregos gerados pelo chamado agronegócio é infinitamente menor que o número de postos de trabalho fechados na indústria nacional.

3- Ordem Econômica e a Globalização

O Artigo 170 da Constituição Federal[96] que trata da ordem econômica, fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho, estabelece vários princípios, dentre eles o da soberania nacional, a livre concorrência e a busca do pleno emprego.

Entre o texto e a realidade existe uma enorme distância estabelecida não só pelo governo e pelas classes dominantes, mas também pela sociedade. Senão vejamos. Embora a ordem econômica seja fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, o fato é que temos um Estado ainda cartorial, tais são os percalços para se alcançar a formalidade e um complexo e injusto sistema tributário de um lado e de outro um completo descaso no que diz respeito a valorização do trabalho. E nem estamos falando ainda dos produtos importados que tiram empregos de brasileiros. Estamos nos referindo à inexplicável postura do Governo Brasileiro, que vem de longe na preterição ao trabalho em favor do capital. Antes da Constituição de 1988, após o golpe de 1964, o Governo militar, acabou com o regime da estabilidade no contrato de trabalho substituindo-a pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. A partir de então foi aberta a porta para a rescisão do contrato sem justa causa e a diminuição da indenização para o empregado.

---

financeiros, mudança da moeda corrente e mudança da política alfandegaria permitindo a importação de vários que até então não podiam se r adquiridos no exterior.

96 "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. "

Até então não se admitia a demissão desmotivada após o décimo ano do contrato de trabalho quando o trabalhador ganhava o direito a estabilidade e a legislação vigente apenava o empregador que demitisse o empregado sem estabilidade com o pagamento de indenização equivalente a dois salários por cada ano trabalhado.

Com a ruptura institucional de 1º de abril de 1964, prevaleceram os interesses, bem conhecidos, que culminaram não só com a repressão, mas com a corrupção instituída e acobertada pela censura à imprensa e a adoção das medidas "*modernizadoras*" desejadas pela classe dominante.

Mas o mundo desenvolvido e civilizado que preza pelo equilíbrio e pela igualdade, e que não se pauta pelos comandos do chamado "mercado", formulou a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho[97]. Estabelece aquela norma que o contrato de trabalho, exceto os contratos de empregados temporários ou os submetidos ao prazo de experiência, não pode ser rescindido sem justa causa. E nem se pense que tal exigência emperra o funcionamento das empresas, porque a regra autoriza, mediante comprovada justificação do empregador, a rescisão contratual fundada na incapacidade ou no comportamento do empregado e também pela necessidade do empregador em reduzir o número de empregados.

O Brasil aderiu à Convenção pelo Decreto Legislativo nº 68 de 17 de setembro de 1992, dez anos depois da Convenção que é de 1982. O reconhecimento do decreto e sua promulgação no Brasil ocorreram em 10 de abril de 1996. Pela disposição da Convenção, no prazo de um ano a nova regra entraria em vigor. Porém, o Governo Brasileiro, na época presidido pelo sociólogo Fernando Henrique Cardoso emitiu um comunicado à OIT em 20 de novembro de 1996, denunciando a Convenção, justificando a medida pela adoção de um "*programa de reforma econômica e social e modernização*".

Um Governo que sabidamente tinha todas as condições políticas para levar a cabo a implementação da Convenção, aderiu a "*modernidade"*. Nem o sindicalista que o sucedeu ousou aderir a Convenção e muito menos sua sucessora cogitou adotar a regra comum na Europa. O que se ouve nesses novos e tenebrosos tempos é à vontade política de flexibilizar a legislação trabalhista. Essa hipocrisia muda de nome, mas não de significado. Pode-se

97 Que estabelece em seu artigo 4º: "Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço".

dizer sem sombra de dúvidas, que a favor do trabalho, do emprego e do trabalhador o Brasil só teve três grandes nomes, a Princesa Isabel[98], Getúlio Vargas[99] e João Goulart[100], porque o resto é isso mesmo, resto.

Se o que fundamenta a ordem econômica não é cumprido, esse comportamento repercute nos princípios com a mesma desatenção, o mesmo desprezo. O primeiro deles é o da soberania nacional que Eros Roberto Grau [101]aponta como o instrumento que tem por finalidade assegurar a vida digna garantindo à sociedade brasileira participação paritária no mercado internacional. José Afonso da Silva aponta o significado do princípio que é de um Capitalismo nacional autônomo[102]. Mas o fato é que embora a Constituição tenha inserido o princípio da soberania nacional na ordem econômica, esta vem dia a dia perdendo terreno para os interesses da ordem econômica mundial sendo cada vez mais atenuada pela globalização. Celso Furtado falava que a globalização afeta os entes nacionais fragilizando o poder de sindicatos e dos Estados[103].

Por outro lado, esse processo compromete também o princípio da função social da propriedade que nada mais é do que o retorno da empresa para a sociedade. Eugênio Facchini Neto aponta que o exercício do direito de propriedade deve ser compatibilizado com interesse não proprietários[104]. Gilberto Bercovici, fala que a função social da propriedade se tornou o

98 **Isabel Cristina Leopoldina de Bragança que decretou a Lei Aurea: "Artigo 1º - É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil; Artigo 2º - Revogam-se as disposições em contrário".**

99 Nos dois períodos em que Getúlio Vargas foi presidente, de 1930 a 1945, em que assumiu o governo pela Revolução de 1930 e de 1950 a 1954, eleito diretamente. O ex-presidente criou vários direitos trabalhistas, salário mínimo, férias remuneradas e a própria justiça do trabalho em 1939 e em 1943 a Consolidação das Leis do Trabalho.

100 Ex-Presidente da República deposto pelo golpe de 1º de abril de 1964. Vice-Presidente eleito diretamente, tendo em vista que entre 1945 e 1960, última eleição presidencial antes da implementação da Ditadura Militar, os eleitores escolhiam separadamente Presidente e Vice-Presidente da República. João Goulart não era do mesmo partido, nem estava coligado com o Presidente Jânio Quadros que renunciou em 25 de agosto de 1961, portanto, legitimamente ocupou o cargo de setembro de 1961 a abril de 1964. Em 1962, o então Presidente legalizou os sindicatos rurais, num momento em que o setor agropecuário era o grande empregador no Brasil e no ano seguinte promulgou o Estatuto do Trabalhador Rural, referendando vários direitos sociais. Um dos herdeiros políticos de Getúlio Vargas, sempre se postou ao lado dos trabalhadores assalariados.

101 Em Comentários à Constituição do Brasil, Coordenação de J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfang Sarlet e LenioLuiz Streck, Editora Saraiva e Editora Almedina pp. 1.796/1.797

102 José Afonso da Silva, Em Comentário Contextual à Constituição, Malheiros Editores, 9ªedição, p. 726

103 "A globalização aumenta consideravelmente o poder das grandes empresas em suas negociações com as autoridades locais e, particularmente, com os assalariados que emprega. Daí o declínio do poder sindical que se observa por todas as partes e não apenas nos países subdesenvolvidos. Uma chave para perscrutar o futuro da civilização globalizada está exatamente nesse ponto: o dinamismo, mas também a instabilidade do sistema capitalista fundam-se no controle da acumulação por uma minoria que exerce o comando político", idem

104 Eugênio Facchini Neto, Em Comentários à Constituição do Brasil, Coordenação de J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfang Sarlet e Lenio Luiz Streck, Editora Saraiva e Editora Almedina, p.1.800.

fundamento do regime jurídico do instituto de propriedade[105]. Eros Grau faz a conexão entre o princípio e a função social da empresa e fala em propriedade dinâmica[106].

Já a livre concorrência, essencial ao sistema capitalista, que embora tenha o traço marcante da lei da oferta e da procura necessita de regulação, afinal como dizia Montesquieu, os homens nascem iguais, mas a natureza os torna diferentes, sendo a lei o mecanismo para reequilibrar as relações[107]. No Brasil, o legislador constituinte erigiu a livre concorrência a categoria de princípio da ordem econômica e determinou no § 4º do artigo 173 da Constituição Federal[108] a elaboração de lei para sua proteção, tendo sido elaborada posteriormente a Lei Antitruste em 1994[109] e a Lei nº 12.529/2011, que lhe sucedeu estabelecendo sistema brasileiro de defesa da concorrência[110]. Mas o Estado não intervém, nem internamente sendo omisso e conivente com a pirataria[111] e o contrabando, nem externamente, na medida em que acaba aceitando a operação no Brasil de empresas que produzem em locais onde a mão de obra é muito mais barata em razão da exploração, quando não decorrentes de trabalho escravo.

Esse desapego aos princípios constitucionais se evidencia ainda mais quanto ao pleno emprego que para começo de conversa exige a estabilidade, aquela estabilidade pactuada pela O.I.T. e não acolhida pela *modernidade* de Fernando Henrique Cardoso e seus sucessores e agora preconizada com nova designação: flexibilidade E aí o sentido dado ao princípio do pleno emprego, pelo Legislador Constituinte é comprometido justamente pelo Estado que ao invés de servir a todos, serve aos interesses do chamado "mercado".

105 Idem, p. 333.

106 "O princípio da função social da propriedade para logo se vê, ganha substancialidade precisamente aplicado à propriedade dos bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica da propriedade sobre a qual em maior intensidade refletem os efeitos do princípio é justamente a propriedade dinâmica, dos bens de produção em dinamismo. " Em A Ordem Econômica na Constituição de 1988, Interpretação e Crítica, Malheiros Editores, 12ª edição p.231

107 Em "O Espírito das Leis", Editora Martins Fontes, São Paulo, 2.000, p.123 JJ Rousseau, Em " O contrato social" Editora Martins Fontes, São Paulo, 2.001, p.12.

108 "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. "

109 Lei nº 8.884/94

110 Maitê Cecília Fabbri Moro, abordando a livre concorrência ensina: "Quanto ao seu significado, pode ser entendida como uma decorrência lógica da opção pelo modelo econômico pautado na livre - iniciativa, embora esta possa haver sem dela decorrer a livre concorrência (como no tabelamento de preços). Princípio que deita raízes mais profundas no modelo econômico adotado, a livre concorrência visa a assegurar a sobrevivência do mercado e , dessa forma, fortalece a livre iniciativa(precisamente para aqueles que pretendam inserir-se no segmento econômico já existente). Um mercado que se baseia na livre concorrência é um mercado aberto, que atende as chamadas "leis do mercado" (basicamente oferta e procura) e que aceita, sem impor limites quantitativos, um grande número de empreendedores atuando em um mesmo setor. "

111 Definida como crime pela súmula nº 502 do STJ:" SÚMULA – 502 - Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas."

José Afonso da Silva aponta que o princípio do pleno emprego implica na utilização cabal de toda a força produtiva nacional[112]. Eros Roberto Grau fala em expansão das oportunidades de emprego. Não é o que tem feito o Estado Brasileiro.

Claro que esse desleixo não ocorre nos produtos de maior valor em que o interesse e a facilidade na tributação abrem o apetite dos governantes por mais recursos. Mas nos setores de produtos mais baratos, como por exemplo, o de vestuário o descaso do Estado é flagrante, vergonhoso. Veja-se o número de roubos de cargas, de bens em geral e seu comércio à luz do dia nas barbas da polícia e da fiscalização que ganham e bastante com a ilegalidade. Quem perde são os cidadãos de bem, os que querem trabalhar e não têm emprego que no fundo sabem que, saúde educação e emprego só são lembrados em período eleitoral.

Por outro lado, a instalação de uma fábrica que anteriormente demandava anos e enormes investimentos, hoje é facilitada pela tecnologia e pela desnacionalização das empresas que não tem mais apego às suas origens, pois o que interessa é o gosto dos investidores que é de lucro e desmedido. Nossa desordem econômica é um prato cheio para as empresas Transnacionais que mudam de domicílio como quem muda de roupa.

3- Redução de Custos

A redução de custos, em princípio é boa para facilitar o acesso aos bens e serviços com o barateamento dos preços. O problema é que no Brasil, ela funciona preponderantemente para o empreendedor, que tem na redução verdadeiro mantra para aumentar sua lucratividade. É a visão individual, imediata e limitada. Quando a qualidade cede à quantidade normalmente perde-se adiante. Nem é preciso pesquisar o mal que a redução de custos pode causar, pois é notório que por conta dela, várias tragédias já ocorreram. A última em Mariana, Minas Gerais, quando a Mineradora Samarco não fez a manutenção das barragens[113], para reduzir custos ou como já aconteceu em acidentes aéreos em decorrência da falta de manutenção adequada de aeronaves[114]. No campo do trabalho a redução de despesas dessa ordem é recorrente. É comum empresas cortarem funcionários por conta dos reajustes salariais. Despedem e contratam outros por muito menos e assim renovam a

112 Idem, p. 729.

113 Rompimento de barragem em Mariana, Minas Gerais em 5 de novembro de 2015.

114 Acidente Aéreo em 17 de julho de 2007, voo da companhia aérea Tam, hoje denominada Latam, que saiu de Porto Alegre com destino a São Paulo, quando a aeronave não conseguiu parar após o pouso no aeroporto de Congonhas na Capital paulista, por conta de um problema no sistema de freios (reverso) do avião que se estivesse em perfeito funcionamento teria funcionado.

força de trabalho, mas não renovam, porque o que ganha menos dificilmente tem as mesmas qualidades do que o que foi substituído. É aquela "*modernidade*" de Fernando Henrique Cardoso. E parece que não se dão conta de que mercado de consumo forte exige poder de compra.

Essa conduta está enraizada nos administradores que valorizam quem corta custos, ao invés de prestigiar os que têm novas ideias e que se pautam pela ética. Esses gestores não estão preocupados com a função social da empresa, mas com a manutenção e melhoria dos interesses dos sócios, dos acionistas. Veja-se a fixação com os números do mercado financeiro, com valorização de ações de empresas em detrimento das condições sociais. Os gestores não gerem para a sociedade civil, administram exclusivamente para os proprietários.

Claro que a economia nas despesas é saudável, desde que não comprometa a sobrevivência. O que se deve reduzir é o excesso, nunca o lençol que cobre o corpo. O trabalho no Brasil é mal remunerado, querer reduzir seu custo é um acinte, ofende vários princípios da Constituição Federal e atenta contra os direitos humanos.

E qualquer medida com outro nome, mas com a velha e surrada receita dos agentes econômicos não só vai, como sempre, cair no colo do trabalhador, mas cobrar a fatura lá na frente. Se não se pode com certeza afirmar que a violência decorre da desigualdade social, não há dúvida que o aumento da distância social e a instabilidade econômica são combustíveis para a insegurança pública. Mas, para aqueles que falam para poucos que defendem esses mesmos poucos, a realidade está atrás do vidro blindado, dos muros altos, dos seguranças, parece que os outros são simplesmente seres sem qualquer valor.

E essa redução de custos nas empresas repercute no Estado que acaba tendo que arcar com mais seguridade social, com programas assistencialistas que oneram o Erário, ao passo que se o contrato de trabalho fosse presidido pela estabilidade, nos termos da Convenção da O.I.T., a maioria dos problemas sociais estaria resolvida não só pelo aumento, mas principalmente pela manutenção do poder de compra dos empregados que é a única possibilidade de desenvolvimento sustentável. Sem crescimento ou pelo menos a manutenção da massa salarial, não há crescimento econômico e social.

É comum ouvir de empresários e economistas a expressão custo Brasil. O crescimento do lucro, da lucratividade, da receita tem natureza individual que não repercute na sociedade. Quem pensa nesse sentido pode até contar com a frouxidão moral dos governos e, principalmente com o paradigma dos países que sabidamente exploram mão de obra, locais onde dignidade humana não importa e onde os números valem mais que pessoas. Essa mesma

gente que além de tudo, não suporta a ascensão social dos mais pobres, que abomina aeroporto com jeito de estação rodoviária, o que aponta que embora a escravidão tenha terminado, ainda tem muita gente que conserva o jeito capataz, de feitor enrustido.

4 - *Dumping* Social

Nessa trilha da modernidade, tudo é permitido em matéria de otimização de lucros e redução de custos, inclusive se vindo de fora. Se quem empreende no Brasil já não tem qualquer preocupação social, imagine quem vem de fora, quem na verdade não tem pátria. E aqui consegue se estabelecer justamente por praticarem o dumping social[115]. Sem cerimônia chegam praticam o dumping, mas até que sejam tomadas providências pelos órgãos de defesa da concorrência, os pequenos empresários já foram engolidos.

E essa concentração é notória e tem ocorrido em vários setores senão vejamos. No setor de comercialização de alimentos, quantas bandeiras de supermercados, quantas mercearias, quantas padarias foram fechadas por conta da preponderância das grandes redes do varejo. Temos hoje basicamente três grandes grupos presentes em todo o país, todos estrangeiros. Isso é muito grave por duas razões. A primeira delas porque essas redes acabam limitando o acesso de muitas marcas às gondolas dos supermercados. E quem vende para eles sempre tem que ceder porque contrariá-los pode custar muito caro. A segunda, porque ainda impõem muitas vezes suas próprias marcas. É comum uma determinada marca faltar na prateleira, mas a marca do supermercado nunca falta.

Por outro lado, os supermercados passaram a vender a verdura no lugar do verdureiro, o pão no da padaria, a fruta no da quitanda, a carne no do açougue e assim por diante. Não dá para o pequeno concorrer com o gigante. As padarias de hoje só as que têm algo a mais, as chamadas de luxo, diferenciadas porque as demais encerraram suas atividades. Outro setor, o de papelaria foi praticamente dizimado por uma gigante do setor e também pelos supermercados.

115 Andréa Wolffenbüttel falando sore o Dumping Social diz*: " Dumping*, de uma forma geral, é a comercialização de produtos a preços abaixo do custo de produção. Por que alguém faria isso? Basicamente para eliminar a concorrência e conquistar uma fatia maior de mercado. A definição oficial desse termo, que ao pé da letra significa liquidação, está no Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (Gatt, das iniciais em inglês), documento que regula as relações comerciais internacionais. A rigor, o *dumping* diz respeito às vendas ao exterior, mas ele também pode acontecer no mercado interno. Os *dumpings* ocorrem, normalmente, em duas situações. A primeira é quando determinado setor recebe subsídios governamentais e, por isso, consegue exportar seus produtos abaixo do custo de produção. Um exemplo bastante conhecido são os subsídios concedidos aos agricultores da Europa e dos Estados Unidos, que frequentemente prejudicam as vendas brasileiras ao exterior. A segunda situação é quando alguma empresa decide, como estratégia, arcar com o prejuízo das vendas a preços baixos para prejudicar, ou até mesmo eliminar, algum concorrente. Em Revista Ipea, 2006. Ano 3 Edição 18 - 1/01/2006

Essa pratica também ocorre na indústria, não só no comércio varejista. E aí com efeito mais nocivo porque no comércio em que pese o fechamento de milhões de postos de trabalho, ainda são gerados alguns empregos, mas na indústria, o que vem de fora não emprega ninguém e cada hora está num lugar, preferencialmente em países em que intervenção estatal não existe em que o trabalho senão é escravo é análogo à escravidão.

E aí a concorrência é mais do que desleal e por mais que sejam entabulados acordos na Organização Mundial do Comércio, o fato é que eles não alcançam as mercadorias de menor valor, como vestuário, pequenos utensílios domésticos. Como uma fábrica brasileira de relógios pode competir com o despertador chinês que mesmo entrando, quando entra, pela porta da frente, pagando os tributos, ainda é muitas vezes mais barato do que o produto nacional.

As nossas roupas são feitas majoritariamente no continente asiático. Isso não tem cabimento, só beneficia na verdade os produtores rurais que exportam para esses países, mas quantos empregos são gerados no agronegócio que está cada vez mais mecanizado?

Será que vale à pena? Certamente não.

Essa tolerância com o desprezo às condições mínimas de trabalho, com a exploração do homem pelo homem, é inaceitável e serve, como sempre, àquela mínima parcela da população que detém gigantesca parcela da riqueza mundial, e que não tem raízes, não tem pátria, está como sempre esteve abduzida pela ganância.

5 - Direitos Humanos e aplicação nas empresas transnacionais

As empresas transnacionais têm grande poder econômico exercendo suas atividades além de suas fronteiras de origem e trazendo grandes desafios para as localidades nas quais estão situadas. Palazzo & Scherer apontam que essa atuação acarreta em[116]: PALAZZO&SCHERER (2006, p.71) a atuação das transnacionais traz "grandes desafios ao poder regulatório do Estado, abrindo espaço para a atuação de novos mecanismos governativos que envolvem atores estatais, privados e a sociedade civil".

É inegável que a expansão das empresas transnacionais facilitou o acesso ao consumo, às informações e alavancou a economia de vários países, dando oportunidade a expansão de investimentos e ao comércio internacional. (CARDIA, 2015, p. 80).

116 Em "Corporate legitimacy as deliberation: A communicative framework. " Journal of Business Ethics, Vol. 66(1), 2006, p. 71-88

Mas ao mesmo tempo, em razão das enormes diferenças sociais e econômicas, permitiu nos países subdesenvolvidos, ditos emergentes a adoção de práticas vedadas nos países desenvolvidos, tendo em vista que nesses países o poder do Estado fica adstrito, e outras vezes, à mercê do poder de barganha dessas empresas que, muitas das vezes, são as únicas fontes de manutenção econômica e social de determinadas localidades.

Conforme observa Ulrich Beck essas empresas[117]: "minam a autoridade do Estado ao exigir dele um desempenho satisfatório ao mesmo tempo que o priva da arrecadação de impostos. ". E essa postura de boa parte das empresas causa danos ao meio ambiente, a sadia qualidade de vida e aos direitos humanos. E como diz o autor[118] uma sociedade sem a presença da força estatal, demonstra a ausência de uma organização política, o que dá a oportunidade para que as transnacionais adentrem à casa, tomem assento e, passem a gerenciar as ações e resultados a seu interesse com o uso da moralidade e da ordem política que lhe é conveniente

A questão que paira sobre direitos humanos e sua aplicação nas empresas transnacionais é a ausência, em âmbito internacional de padrões de regulamentação e estabelecimento de limites para atuação das transnacionais que acabam por trazer à tona o desrespeito aos direitos humanos fundamentais.

Perante esse discreto enfraquecimento do poder Estatal, as transnacionais operam regulamentadas por diversas fontes que tentam suprir essa deficiência. Importante notar que a deficiência ocorre não por única e mera omissão Estatal, mas sim, pelo incremento econômico que é trazido com a empresa transnacional normalmente aos países de baixa renda.

Entendemos, entretanto, que o Direito deve ser um Direito amplo, democrático, que não ampare apenas uma categoria especifica de prejudicados, porem toda a categoria miscigenada atendendo, em qualquer lugar de atuação dessas empresas, padrões mínimos de dignidade do exercício do trabalho, tratando de forma horizontal a aplicabilidade de todos esses direitos ficando a cargo do Direito Internacional Público[119] a fonte das normas para regulamentação da atividade das transnacionais.

117 Em O que é Globalização, São Paulo, Paz e Terra, 1999.1999, p.19)

118 Idem, p. 58.

119 Nesse sentido temos: a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização Internacional do Trabalho (OIT) a Declaração Universal sobre os Direitos Humanos (1948), a Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (1992); a Declaração "O Futuro que Queremos", fruto da Conferência Rio+20 (2012), entre outras. No ano de 2003, a Subcomissão da ONU para a Proteção e a Promoção dos Direitos Humanos adotou as Normas sobre as Responsabilidades das Corporações Transnacionais e Outras Empresas com Relação aos Direitos Humanos cujo objetivo é a responsabilização de empresas transnacionais em casos de abusos de direitos humanos, sistematizaram princípios internacionais aplicáveis às transnacionais no que dizem respeito a direito humanos, ao direito do trabalho em âmbito internacional, direito ambiental, consumo e outros aspectos.

Restam às organizações internacionais a tentativa de regulamentar e recomendar que os Estados respeitem e adotem posturas de proteção dos direitos humanos das pessoas que exercem suas atividades sob o mando das transnacionais dentro da jurisdição desses países; cabe ao Estado, como dever de proteção de direitos humanos, adotar medidas de prevenção, punição e até mesmo reparação quando quaisquer violações de direitos humanos forem cometidas pelas transnacionais.

A forma que cada Estado adota como instrumento de proteção, são fatores que contribuem para uma razoável eficácia de proteção. Não se deve partir do pressuposto que as transnacionais sempre se beneficiarão da ausência Estatal, e, sob todas as formas, o descumprimento direta ou indiretamente de leis que tratam a respeito de direitos humanos, deve dar a Estado, razão para sua atuação e deve cabe ao Estado, avaliar a eficácia de suas leis internas às quais as transnacionais são passiveis, gerando um ambiente de segurança jurídica quanto ao respeito dos direitos humanos, cabendo à lei interna de cada Estado, garantir as orientações e as determinações para favorecer que as transnacionais respeitem os direitos humanos.

A humanidade precisou de muito sangue e conflitos de toda ordem para chegar a conclusão da necessidade de um pacto internacional que culminou com a Declaração Universal dos Direitos Humanos[120]. O fato da economia experimentar uma nova ordem, das empresas assumirem um novo papel não pode afastar o Estado da busca pelo respeito aos direitos humanos. Não se pode acolher empresas e práticas que violem a Lei Universal.

A empresa deve andar junto com o termo direito humano e o grande desafio enfrentado na sociedade pós-moderna é conciliar a atividade empresarial com a proteção da pessoa humana e a garantia de proteção de seus direitos fundamentais.

120 O preâmbulo reconhece os motivos que levaram a sua edição e aponta para os objetivos da Declaração: " Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum, Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso, Agora portanto."

REFERENCIAS

ALARCON, Pietro de Jesús Lora. **Ciência Política, Estado e Direito Público**, Editora Verbatim.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização, As Consequências Humanas**, Jorge Zahar Editor

BECK, Ulrich. **O que é Globalização**, São Paulo, Paz e Terra, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**, Coordenação Dimitri Dimoulis, Editora Saraiva.

CARDIA, Ana Claudia Ruy. **Empresas, Direitos Humanos e Gênero:** Desafios e perspectivas na proteção e no empoderamento da mulher pelas empresas transnacionais. Buqui, Porto Alegre, 2015.

DELFIM NETO, Antônio**. Folha de São Paulo**, edição de 5 de abril de 2014, na série de reportagens sobre os 50 anos do golpe de 1964.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Comentários à Constituição do Brasil,** Coordenação de J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfang Sarlet e LenioLuiz Streck, Editora Saraiva e Editora Almedina.

FURTADO, Celso. ***C*onferência de na seção de abertura do seminário Desenvolvimento:** Fato e Mito, Rio de Janeiro. Disponível em: <http:||www.correiocidadania.com.br/antigo/ed160/politica2.htm>. Acesado em: 20 de julho de 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Comentários à Constituição do Brasil,** Coordenação de J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfang Sarlet e LenioLuiz Streck, Editora Saraiva e Editora Almedina.

_____. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, Interpretação e Crítica, Malheiros Editores, 12ª edição

MARANHÃO, Ricardo. **Contratos de Risco,** Folha de São Paulo, 18 de abril de 1995.

NERY, Rosa Maria Andrade. **Introdução ao pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado**, Editora Revista dos Tribunais.

PALAZZO, G.; SCHERER, A. G.. Corporate legitimacy as deliberation: A communicative framework. **Journal of Business Ethics**, Vol. 66(1), 2006.

WOLFFENBUTTEL, Andréa. **Revista Ipea**, 2006. Ano 3, Edição 18 - 1/01/2006.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**, Malheiros Editores, 9ªedição

RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

SOCIAL RESPONSABILITY IN THE TRANSNACIONAL CORPORATIONS

Glaucia Cardoso Teixeira Torres[121]
Tânia Lobo Muniz[122]

Resumo
O presente estudo pretende abordar a Responsabilidade Social das Transnacionais, suas características, aspectos preponderantes e importância no contexto contemporâneo. Analisa-se como o enfraquecimento do Estado e o fortalecimento econômico e político das empresas globais, têm impelido as empresas a compartilharem com a esfera pública a responsabilidade pela efetivação da emancipação social global e do equilíbrio ambiental. Aborda-se o aspecto volitivo da Responsabilidade Social, vez que esta não coincide necessariamente com as prescrições legais destinadas à empresa. Ao final serão analisados quais caminhos possuem o condão de influenciar um número cada vez maior empresas a serem socialmente responsáveis, o que perpassa pelas figuras do consumidor e dos líderes empresariais.
Palavra-chave: Empresa transnacional; Responsabilidade Social; Líder Consciente.

Abstract
This study aims to study the Social Responsibility of Transnational Corporations, its features , preponderant aspects and this importance in the contemporary context . It's analyzed how the weakening of the state and the economic and political strengthening of global companies, have driven companies to share with the public sphere the responsibility for the realization of global social emancipation and environmental balance. It approaches the volitional aspect of social responsibility , since this does not necessarily coincide with the legal requirements for the company. At the end they will be analyzed what paths have the power to influence more and more companies to be socially responsible , which runs through the consumer figures and business leaders.
Key-words: Transnational company; Social Responsibility; Conscious Leader.

121 Mestranda em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina. Bolsista CAPES. Professora em Direito Internacional Privado pela Faculdade Dom Bosco – Cornélio Procópio

122 Professora associada da Universidade Estadual de Londrina. Docente dos cursos de graduação, especialização e mestrado em Direito. Doutora em Direito pela PUC-SP.

Introdução

A expansão demográfica, os avanços tecnológicos e o sistema de produção desterritorializado e fragmentado contribuíram para que as empresas globais tivessem seu poder econômico e político expandidos. O Estado por sua vez, não tem conseguido atender satisfatoriamente às complexas demandas contemporâneas. O compromisso em favor da efetividade de processos e vivências emancipatórias não deve mais ser atribuído como dever somente do Estado, as empresas necessitam coatuar ao lado da esfera pública na busca por elevação nos padrões emancipatórios globais, bem como na tutela ao meio ambiente.

Nesse sentido as empresas transnacionais são impelidas a compartilharem com os Estados a efetividade dos direitos humanos e ambientais internacionalmente acordados. A Responsabilidade Social das Transnacionais enquanto forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável e que buscam respeitar a diversidade e promover a redução das desigualdades, apresenta-se como instituto fundamental na inserção das empresas na busca pela efetivação do bem-comum.

A fim de adentrar nos temas acima apontados, o presente trabalho será dividido em três tópicos. No primeiro será abordado o modo de produção contemporâneo e como o poder político e econômico tem sido distribuído entre esferas pública e privada, indicando como as empresas transnacionais figuram no contexto contemporâneo.

No segundo tópico será abordada a Responsabilidade Social Empresarial, os conceitos mais significativos relacionados ao tema, a evolução de sua estruturação, bem como será apontada a relevância de tal instituto no âmbito das empresas globais.

No terceiro e último capítulo, serão apontados quais caminhos podem ser tomados a fim de que cada vez mais empresas queiram inserir os elementos da Responsabilidade Social em seu âmbito.

Ao final a conclusão a que se pretende chegar é da importância da Responsabilidade Social no contexto contemporâneo, bem como da relevância do papel do líder empresarial, que por meio de sua percepção pessoal de que a empresa necessita servir a um bem maior que não se encerra somente na obtenção do lucro, influenciará os demais colaboradores da empresa, além de ser um ator edificador de paradigmas úteis à sociedade contemporânea.

O sistema de produção contemporâneo e as empresas transnacionais

A necessidade de reconstrução de boa parte da Europa, avariada pelos danos ocorridos durante a segunda guerra mundial, constituiu aspecto relevante à expansão das indústrias e do comércio. A partir da necessidade de reedificação do velho continente e do aumento demográfico ocasionado pelos avanços na medicina, um expressivo aumento nas demandas potencializou o crescimento das empresas globais, que cresceram em número e poder econômico.

Aliado à expansão das demandas, os avanços tecnológicos propiciaram ondas de inovações e o surgimento de novas indústrias que corroboraram para uma diversificação de produtos. O crescimento demográfico, acompanhado da expansão da renda e de mudanças qualitativas nos hábitos individuais e sociais implicaram em um vertiginoso crescimento dos mercados. (ROSSETTI; ANDRADE, 2012, p. 45)

Durante boa parte do século XX, as empresas que operavam globalmente detinham a estrutura clássica das multinacionais. Eram compostas de unidades espalhadas por várias localidades, mas detinham como centro a matriz que se localizava no país de origem da corporação. Era da matriz que saíam as diretrizes administrativas e para ela convergia o lucro obtido nas demais unidades. O modo de produção era inspirado na produção fordista. Nascido na indústria automobilística, que tinha por idealizador Henry Ford, o sistema de produção predominante na primeira metade do século XX era fundamentado na produção massificada (MAXIMIANO, 2011, p. 67).

O referido sistema de produção de inspiração fordista, calcado na ideia de linha de montagem era composto de gigantes plantas industriais, nas quais em vários setores distintos realizava-se o processo produtivo. O modo de produção de inspiração fordista dependia dessas enormes plantas industriais, corroborando para a necessidade de grande concentração de mão de obra, enorme mobilidade de recursos e baixa mobilidade da produção (MARQUES NETO, 2002 p. 106).

Os anos 70 haviam conhecido a expansão de empresas multinacionais, comparadas a polvos que possuíam múltiplas extensões, porém todas dependentes de um mesmo centro, geograficamente localizado, onde era elaborada a estratégia de conjunto e do qual emanavam os impulsos.

Todavia, na década de 1980, o fordismo entrou em declínio com o surgimento de um novo sistema de produção mais eficiente - o Toyotismo. Surgido no Japão, seguia um sistema enxuto de produção, aumentando a produção, reduzindo custos e garantindo melhor qualidade e eficiência no sistema produtivo. (MAXIMIANO, 2011, p. 185)

O modelo de produção, antes centrando a estrutura produtiva em um determinado local inserido dentro de marcos nacionais, passou a caracterizar-se pela fragmentação e especialização da produção, permitindo que ocorresse a desterritorialização do sistema produtivo. Este passou a ser composto de uma rede na qual vários micro processos independentes vão se somando e integrando. O que permite tanto a agregação de componentes elaborados e advindos de vários países como a mobilização do aparato produtivo de um país realocando-o em outro, deste modo, o sistema produtivo atual prescinde de uma única nação. Há uma total desconexão entre a estrutura produtiva e o nexo territorial nacional. (MARQUES, 2002, p.107)

As novas corporações, novamente, tiveram suas feições modificadas. As antigas multinacionais cederam lugar às empresas transnacionais. Tais empresas globais contemporâneas não possuem um centro do qual dependam para que seu sistema produtivo funcione. (TORRES e MUNIZ, 2015, p. 15)

A empresa global de hoje é uma rede constituída por elementos complementares, espalhados pelo planeta, que se articulam entre si e colaboram para que, caso a empresa não esteja consciente de que deve desempenhar um papel importante no desenvolvimento social do mundo, alcance crescentes lucros à custa da supressão de direitos. A interconectividade propiciada pela globalização permite que uma empresa espanhola requeira um crédito na Suíça, instale seus centros de pesquisa na Alemanha, compre suas máquinas na Coreia do Sul, monte suas fábricas na China, elabore suas campanhas de marketing e publicidade na Itália e venda aos Estados Unidos. (RAMONET, 2007, p. 95-96)

O fenômeno da globalização contribuiu, para a expansão econômica e política das empresas transnacionais. A conectividade propiciada por tal fenômeno, aliada aos novos mecanismos de produção constituíram fatores determinantes para que as grandes empresas globais alcançassem novos padrões. Hodiernamente, algumas destas, possuem capital maior do que o PIB de muitos países, além disso, das 150 maiores entidades do mundo, 100 são empresas. Em contraposição, o modelo de Estado social que conseguia atender às diversas demandas sociais entrou em crise a partir da década de 70. Grupos de indivíduos hipossuficientes já não encontravam no Estado um eficiente tutor, vez que este foi enfraquecido econômica e politicamente. Além disso, a partir da segunda metade do século XX cresceu a consciência mundial acerca dos danos ambientais que o modelo de crescimento econômico vigente até então havia provocado. A constatação de que algo precisa ser feito a respeito dos problemas sociais e ambientais vivenciados esbarraram e ainda o fazem na insuficiência dos Estados para atenderem às complexas demandas do mundo globalizado.

Nesse contexto, a Responsabilidade Social Empresarial (RSE) e de modo especial das transnacionais apresenta-se como instituto imprescindível na inclusão das empresas no processo de emancipação social e de busca pelo equilíbrio ambiental.

Responsabilidade social das transnacionais

O contexto contemporâneo influenciou a intersecção das esferas pública e privada em torno de questões relativas ao bem comum. Atualmente, as empresas e especialmente as transnacionais, em razão de seu extenso poder, são impelidas a coatuarem ao lado dos Estados na busca por soluções para as questões sociais e ambientais. A visão de que a única função das empresas privadas consistia na consecução do lucro e na geração de empregos e impostos decorrentes de sua atividade econômica não mais preenche as necessidades contemporâneas de efetivação dos direitos fundamentais internacionalmente acordados. Se até há algumas décadas, questões sociais e ambientais eram vistas como problemas a serem enfrentados somente pela esfera pública, atualmente, a empresa é inserida no processo de compartilhamento de responsabilização pela efetivação desses direitos.

Durante mais de 50 anos, o modelo de Estado social, inspirado na teoria de John Keynes, cunhado na ideia de intervenção estatal tanto no âmbito econômico quanto no social, respondeu, ao menos nos países desenvolvidos, às demandas nas áreas da saúde, da educação, da assistência social, entre outras. Todavia, o expressivo gasto com políticas sociais aliado à crise do petróleo de 1973 e de 1979-1980, causaram efeitos nefastos para o Estado que se traduziram em uma crise fiscal e financeira que culminou em uma crise no próprio modelo de Estado Social. Diante dessas adversidades, ganharam espaço, as ideias neoliberais, de maneira que na década de 80 ocorreu um movimento de reforma no modelo de Estado Social, objetivando diminuir a intervenção estatal nos setores econômicos e sociais. O Estado neoliberal passou a empenhar-se em atender às demandas mais urgentes dos grupos mais carentes. Esse processo de reforma do Estado, deixou uma infinidade de pretensões sociais desatendidas, ensejando, a abertura de um nicho de atuação complementar por parte da sociedade civil e da iniciativa privada. O Estado deixou de ser o único ator no que se refere à melhoria das condições sociais, compartilhando suas responsabilidades com o setor privado. (ESTIGARA, PEREIRA e LEWIS, 2009, p. 6-9)

Além das pretensões sociais que não conseguiam mais ser satisfatoriamente respondidas somente pela ação dos Estados, o confrontamento de dados produzidos por Organizações não governamentais (ONGs) e Organizações

Internacionais, principalmente relacionados a aspectos ambientais e sociais, passou a expor a necessidade de busca por soluções a partir da articulação de diversas esferas de poder.

Segundo a Organização não governamental internacional World Wide Found for Nature (WWF) que atua nas áreas da conservação, investigação e recuperação ambiental, o mundo consome atualmente recursos equivalentes a um planeta Terra. Caso a China atinja a taxa de consumo dos Estados Unidos, a extração de recursos naturais seria tal que haveria a necessidade de dois planetas Terra. Além disso, aproximadamente 1 bilhão de pessoas não contam com acesso seguro a água potável limpa; a Organização Mundial da Saúde (OMS) estima que o número alcançará 3 bilhões até 2020. (HOLLENDER e BREEN, 2011, introdução)

Sob o aspecto social, o relatório Global Monitoring Report, 2014/2015 mostra que no ano de 2011, o número de pessoas vivendo com menos de U$ 1,25 por dia era de 1 bilhão de pessoas (2014/2015). Ainda que o referido documento afirme que o índice de extrema pobreza global esteja sendo reduzido, a marca de 1 bilhão de pessoas vivendo com apenas U$1,25 agride valor fundamental da dignidade da pessoa humana. (Global Monitoring Report)

Leonardo Boff (2009, p. 17) diz que se não mudarmos de paradigma civilizatório, se não "reinventarmos relações mais benevolentes e de maior colaboração entre os povos, dificilmente conservaremos a sustentabilidade necessária para realização do projeto humano, aberto para o futuro e para o infinito"

A crescente constatação de que tanto o meio ambiente quanto as questões sociais necessitavam ser enfrentadas globalmente, tornou o século XX período fértil em documentos internacionais relacionados à tais temáticas. A visão de que as referidas questões não teriam eficientes respostas caso não fossem tratadas de modo universal levou à consecução de importantes conferências ambientais articuladas pela ONU, bem como à execução de documentos que procuraram elevar os direitos humanos à categoria de supra direito. Este processo de conscientização impactou no âmbito das legislações internas dos países e também sobre a maneira como a racionalidade econômica estruturaria seus negócios.

No âmbito ambiental, as primeiras discussões internacionais foram realizadas na Conferência de Estocolmo em 1972, quando a questão do meio ambiente foi alçada a patamar de direito pela primeira vez. Em 1987, já havia a constatação de que os recursos naturais não eram inesgotáveis e de que a natureza não reciclaria os efeitos deletérios do crescimento econômico, naturalmente. Crescia a percepção da imprescindibilidade de pensar-se no desenvolvimento a partir de uma ideia de sustentabilidade. Nesse contexto foi elaborado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e

Desenvolvimento um relatório denominado Nosso Futuro Comum também conhecido por Relatório Bruntland em que era concebido o conceito de desenvolvimento sustentável, como "o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem compreender a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades". O resultado da Comissão Bruntland levou a conclusões importantes. Primeiro, crescimento econômico e proteção ambiental não são incompatíveis, podendo ocorrer ao mesmo tempo. Segundo, a pobreza e as questões sociais, e não só as econômicas, devem ser incorporadas ao debate ambiental. Terceiro, devem ser levados em conta, nos desdobramentos de cada ação, não somente a geração atual, mas também as gerações futuras (OLIVEIRA, 2013, p. 17)

No âmbito do enaltecimento aos direitos humanos que refletiu na solidificação dos direitos sociais e trabalhistas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948, foi o marco inaugural de uma nova fase de preocupação com a humanidade. Ela assinalou a necessidade de internacionalização dos direitos humanos. Nas duas décadas seguintes, dezenas de convenções internacionais sobre a matéria, foram celebradas no âmbito da ONU. Em 1966 dois Pactos Internacionais compendiaram o conjunto dos direitos civis e políticos, bem como os direitos econômicos, sociais e culturais. Em 1981, reconheceu-se na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, que todos os povos devem ser tratados com igual respeito. (COMPARATO, 2015, p. 69)

Seguindo esta tendência mundial de enaltecimento da necessidade em se proteger os direitos do homem, bem como os direitos ao meio ambiente, a legislação de vários países internalizou em seus ordenamentos jurídicos regras relacionadas a tais matérias.

Ao setor privado foram paulatinamente destinadas normas que o impeliam a pautar suas ações observando os direitos ambientais e humanos. Crescia a percepção de que a emancipação da sociedade bem como a tutela do meio ambiente não poderia ser de responsabilidade somente do poder público. Era necessária a corresponsabilização da esfera privada na efetivação de tais questões. No Brasil, a empresa é impelida a pautar suas ações segundo critérios ambientais, trabalhistas e anticorrupção impostos pela legislação pátria. A Constituição Federal em seu artigo 170 prevê que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos existência digna.

A questão que se impõe contemporaneamente consiste em que, as legislações dos diversos países ao redor do globo não possuem uma uniformidade no que diz respeito ao grau de direitos que buscam positivar. Este fato possui

íntima relação com a maneira como as empresas transnacionais estruturam seus negócios pelo mundo. Estas corporações dispõem atualmente de uma inédita mobilidade de seu aparato produtivo o que faz com que busquem sempre localidades com maiores probabilidades de lucros, o que normalmente coincide com países que exigem menores garantias a seus cidadãos e ao meio ambiente.

Países mais frágeis economicamente tendem a flexibilizar suas normas na ânsia de captarem os volumosos recursos provenientes da presença das empresas globais em seus territórios. Nesse sentido, ainda que as empresas respeitem as prescrições legais da localidade onde se encontram podem incorrer em flagrantes desrespeitos relacionados ao meio ambiente e aos direitos humanos.

Diante da dificuldade no estabelecimento de legislações padronizadas que atendam adequadamente a tais direitos, a Responsabilidade Social Empresarial (RSE) apresenta-se como instituto viabilizador da solidificação de uma conduta uniformizada em torno da necessidade de se proteger os direitos humanos e ambientais.

A conceituação acerca da RSE ainda não alcançou unanimidade. De acordo com o

Business for Social Responsability (BSR)[123] a RSE pode ser definida de forma ampla como "as decisões de negócios tomadas com base em valores éticos que incorporam as dimensões legais, o respeito pelas pessoas, comunidades e meio ambiente"

A Comissão Europeia, em seu livro verde de 2001, definiu o conceito da Responsabilidade Social da Empresa como:

> A integração voluntária, pelas empresas, das preocupações sociais e ambientais nas suas operações, no comércio e nas relações com os seus parceiros ". [...] A responsabilidade social das empresas é, essencialmente, um conceito segundo o qual as empresas decidem voluntariamente contribuir para uma sociedade melhor e um meio ambiente mais saudável".(ETNOR, Guia da RSE. p.11)

Para o instituto Ethos, responsabilidade social é a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade,

123 Principal entidade mundial na área de responsabilidade social, reunindo cerca de 1.600 empresas que representam um faturamento de mais de 1,5 trilhão de dólares. (MACHADO, 2006, p. 24)

preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades (BARBIERI e CAJAZEIRA, 2012, p. 60).

Etimologicamente a palavra responsabilidade deriva da palavra responder, que por sua vez significa produzir efeito, satisfazer, justificar, comprometer-se da sua parte, entre outras acepções encontradas nos dicionários. Em termos gerais, a responsabilidade de um agente reporta-se à obrigação de responder pelas consequências previsíveis das suas ações em virtude de leis, contratos, normas de grupos sociais e convicções íntimas (BARBIERI e CAJAZEIRA, 2012, p. 2).

Pode-se afirmar que o processo de edificação do instituto da Responsabilidade Social Empresarial (RSE) ainda se encontra em construção. Um dos autores que melhor desenhou a evolução do conceito da RSE foi o americano Archie Carroll. O autor esquematizou inicialmente a RSE em uma pirâmide. Na base desta, situava-se a responsabilidade econômica que remete ao fato de que a empresa deve ser lucrativa, vez que constitui na unidade econômica básica da sociedade e como tal tem a responsabilidade de produzir bens e serviços. Essa é a principal razão pela qual a empresa foi criada. Em seguida vinha a responsabilidade legal. As empresas ao desempenharem suas operações devem observar todas as leis relativas a suas ações. O descumprimento destas acarretará em sanções. A sociedade espera que elas cumpram sua missão econômica dentro de uma estrutura legal. A terceira dimensão é a responsabilidade ética. Embora as duas primeiras responsabilidades incluam normas éticas, há comportamentos e atividades não cobertos por leis ou aspectos econômicos, mas que representam expectativas dos membros da sociedade. A quarta dimensão consistia na responsabilidade filantrópica e abrangia ações em respostas às expectativas da sociedade de que as empresas atuassem como bons cidadãos. Tal dimensão envolve o comprometimento em ações e programas com a finalidade de promover o bem-estar humano. Segundo o conceito inicial de Carroll, a responsabilidade social total impõe o cumprimento simultâneo das responsabilidades econômicas, legais, éticas e filantrópicas. Ou em outras palavras, a empresa deve, ao mesmo tempo, ser lucrativa, obedecer às leis, atender às expectativas da sociedade e ser boa cidadã (BARBIERI; CAJAZEIRA, 2012, p. 55).

Após alguns anos, Carroll aperfeiçoou o modelo das pirâmides. O autor quis desfazer a impressão, quando aplicado aquele modelo, de que havia uma hierarquia, uma ordem de importância entre as responsabilidades. Também se preocupava com a questão de que o primeiro modelo não capturava a interação entre as quatro responsabilidades. O novo modelo reduziu-se a três dimensões, econômica, legal e ética, representadas por círculos que

se interseccionam. Todavia, a falha contida nesse modelo consiste em ter deixado de fora a responsabilidade ambiental.(BARBIERI; CAJAZEIRA, 2012, p. 58).

A partir da formulação do conceito do desenvolvimento sustentável, foi incorporado à Responsabilidade Social Empresarial, o âmbito ambiental. O que pode ser facilmente comprovado ao observar-se o conceito estabelecido por importantes instituições.

A RSE tem sido algumas vezes confundida com ações sociais. Todavia, aquela é bem mais ampla que esta. Na ação social ocorrem doações ou projetos sociais que beneficiam grupos isolados. A RSE por sua vez envolve ações e relações com um grupo bem maior de partes interessadas, os stakeholders cuja composição engloba consumidores, fornecedores, empregados, sindicatos e governos. Não se trata de ações pontuais, mas sim de uma mudança de paradigma a nortear as condutas da empresa. Em todas as esferas, a empresa socialmente responsável pretende agir de forma a alcançar seus objetivos particulares dentro de um contexto que também beneficie o todo a seu redor. A empresa que financia um projeto social com crianças carentes, mas aceita corrupção, engana consumidores, não cumpre com os direitos dos trabalhadores não pode ser classificada como uma empresa socialmente responsável. (OLIVEIRA, 2008, p. 66-67)

A RSE possui dimensões interna e externa. A primeira refere-se à gestão dos recursos humanos, ou seja, espera-se de uma empresa socialmente responsável que se utilize de práticas responsáveis na contratação de seus empregados, não agindo com discriminação; promova ações voluntárias complementares à normativa, referentes à segurança no trabalho; possua uma boa gestão dos recursos naturais, observando o conceito do desenvolvimento sustentável; caracterize suas ações pela transparência. Quanto à dimensão externa, pode-se citar a contribuição concedida pela empresa no desenvolvimento das comunidades locais.

Para que a RSE revista-se de genuinidade, é preciso que seus valores norteadores estejam infiltrados em todos os setores da empresa. A RSE reporta-se à cultura da corporação e caso a empresa o tivesse, ao seu caráter. Trata-se de um norte a pautar todas as condutas tomadas no âmbito empresarial.

Há uma exigência implícita de que os valores da RSE permeiem toda a cadeia produtiva, que sejam aplicados em todos os níveis da organização e ao longo de toda a cadeia produtiva, a defesa dos Direitos Humanos internacionalmente acordados e observação das diretrizes emanadas da OIT, das diretrizes da OCDE e da declaração dos direitos humanos de 1948. Também se espera das empresas socialmente responsáveis que prestem atenção aos

efeitos transfronteiriços dos problemas ambientais relacionados às práticas da empresa bem como com o consumo dos recursos no mundo todo. E lutem contra a corrupção e suborno no âmbito empresarial (ETNOR, 2014).

É preciso que haja um incentivo à percepção de que o lucro para ser realmente benéfico deve estar a serviço do todo. Este incentivo deve partir do topo do corpo hierárquico da corporação, perfilhando-se por todos os patamares, propagando a conscientização de que os agentes que atuam nas empresas contemporâneas possuem papel fundamental no processo de elevação do padrão civilizatório e da busca por soluções ambientais e sociais.

A questão crucial neste modelo de gestão é configurar a organização de modo que os objetivos individuais sejam combinados aos objetivos da organização vislumbrando um fim maior que é o bem da própria sociedade. Há a necessidade de imprimir um significado especial àquilo que se faz dentro da empresa, unindo responsabilidade e criatividade em prol do objetivo de ser bom e justo, realizando o trabalho de modo que aquele que o realiza sinta que valha a pena. Esta ideia perpassa pelo conceito do psicólogo americano Abraham Maslow que dispõe que: "todos os seres humanos preferem trabalho significativo do que trabalho sem sentido" (KOCH, 2015, p. 196-197)

Hodiernamente houve grandes avanços na compreensão do por quê da existência da RSE e na aceitação pelas empresas de que ser socialmente responsável não significa abrir mão de ter lucros.

Gilles Lipovetsky (2005, p. 245) dispõe que contemporaneamente, o êxito econômico requer efetivamente o primado do homem. A empresa deve considerar experimentar novos modelos de gestão alicerçados no respeito e valorização do indivíduo. Tem-se fortalecido a mentalidade de que a empresa está incorporada a um ambiente social e, portanto, deve tomar decisões e ações que contribuirão para o bem-estar e os interesses da sociedade e da organização. A empresa precisa ampliar a percepção de que desempenha papel fundamental na expansão da emancipação social e bem-estar de todos os que estão com ela envolvidos.

Os autores John Mackey e Raj Sisodia (2013, p. 34) fazem uma bela analogia em relação à conscientização da empresa de seu importante papel social. Eles comparam as empresas às lagartas. Estas, como em um pequeno milagre da natureza, passam um período somente alimentando-se, mas em algum momento, inicia-se o processo surpreendente da metamorfose, transformando-a em uma belíssima borboleta. Os autores frisam que a analogia da borboleta serve também para as corporações. Estas podem ser como lagartas, dedicadas apenas a maximizar os próprios lucros, retirando da natureza e dos seres humanos os recursos necessários para alcançar tal objetivo. Ou podem se reinventar como agentes de criação e colaboração, transformando-se em

"entidades capazes de promover uma magnífica polinização de potenciais humanos, contribuindo para a criação de múltiplos tipos de valores em tudo o que fazem" Os autores afirmam que tem crescido o número de empresas preocupadas em fazerem a diferença no mundo. Importante ressaltar que um dos autores, John Mackey, é o CEO e fundador de uma empresa que cresceu consideravelmente em duas décadas, tornando-se referência em seu setor, a Whole Foods Market.

3. Voluntariedade: elemento fundamental da Responsabilidade Social da Empresa

O caráter da voluntariedade consiste em um dos aspectos fundamentais da RSE. Trata-se da decisão voluntária das empresas em inserirem em seu rol de objetivos as preocupações sociais e ambientais ainda que estas não estejam adequadamente tuteladas pelo direito positivo da localidade onde operam. Tal viés possui extrema relevância no âmbito das empresas transnacionais, na medida em que, dado o modo de produção característico do mundo globalizado, a tendência tentadora pode ser procurar países com déficits de direitos. Todavia, a empresa global preocupada em ser socialmente responsável, não fica adstrita ao que a lei impõe quando esta mostra-se deficitária, ela pretende ir além, imprimindo uma gestão ética, lucrativa e que beneficie o maior número possível de pessoas.

Mas se o caráter da voluntariedade constitui em elemento intrínseco à RSE, como expandir esta vontade nas empresas em priorizar atitudes éticas ainda que estas não representem à primeira vista, o caminho mais lucrativo? A resposta perpassa por dois caminhos, a preocupação no estabelecimento de relação de confiança entre consumidores e empresa e a convicção dos líderes das grandes empresas do relevante papel que podem desempenhar na elevação dos padrões emancipatórios da sociedade global.

O primeiro caminho inclui aqueles que constituem o motor da racionalidade econômica, os consumidores. Desde que a empresa surgiu, os clientes constituem os elementos mais importantes para seu sucesso econômico. É por meio do crescente interesse destes por seus produtos que a expansão das demandas é possível. A partir dessa constatação, as empresas desenvolveram ao longo dos anos sofisticados mecanismos de marketing.

A Associação Americana de Marketing (AMA) define o comportamento do consumidor como a "interação dinâmica entre afeto e cognição, comportamento e ambiente por meio do qual os seres humanos conduzem na vida atitudes relacionadas à troca". A maneira de agir e de pensar do consumidor

envolve o sentimento incorporado ao ato de consumir somado aos acontecimentos que se passam a seu redor, o que permite concluir que tal comportamento é marcado pela dinamicidade (PETER; OLSON, 2009, p. 5).

O modo como o consumidor entende as práticas consumistas, bem como os valores que o movem a realizá-las modificam-se ao longo do tempo. Os documentos internacionais relacionados ao meio ambiente, aos direitos humanos, aos direitos do trabalho, não influenciaram apenas as legislações dos países; toda a tendência internacional de tutela dos direitos difusos e coletivos, bem como do enaltecimento da dignidade da pessoa humana em escala global, foram forjando a percepção dos consumidores no sentido de valorizarem empresas que incluam em suas preocupações, a efetividade de um padrão ético de conduta visando atitudes que beneficiarão fornecedores, consumidores, colaboradores e a comunidade na qual encontram-se inserida.

Um exemplo bem ilustrativo consiste na empresa americana de roupas esportivas para esportes ao ar livre Patagônia. A marca faz enorme sucesso sugerindo para seus consumidores que comprem pouco, incluindo seus próprios produtos. Afinal, segundo a empresa, "o consumo excessivo faz mal ao planeta. E se faz mal ao planeta, é ruim para a empresa também". A empresa, que fatura mais de meio bilhão de dólares possui um modo de agir inusitado mas que coincide com os preceitos da responsabilidade social. Dentre suas ações pode-se citar a campanha de marketing pedindo que seus consumidores pensassem duas vezes antes de comprar um produto novo, A marca já colocou etiquetas nas roupas com a mensagem: Você realmente precisa disso? Outro exemplo ocorreu em 2011, durante a popular Black Friday, famosa sexta-feira em que os americanos vão às compras de forma compulsiva, quando a PATAGONIA publicou um anúncio de página inteira no tradicional jornal The New York Times dizendo: *"Não compre esta jaqueta"*. O impressionante era que a jaqueta era da própria marca. Na sequência a empresa propôs a seus clientes que lhe enviassem suas jaquetas usadas para que estas fossem recuperadas sem custo porque isso era o melhor a se fazer. Além disso, a Patagonia, desde 1985 destina 1% de sua receita ou 10% do lucro, o que for maior, para grupos de proteção do meio ambiente. Desde então, a empresa já doou mais de US$ 55 milhões a 1.200 organizações. Também foi uma das primeiras empresas americanas a oferecer aos funcionários licença-maternidade e paternidade. Seus funcionários podem ir trabalhar de bermuda e chinelo e têm horários flexíveis. Na sede da empresa, em Ventura, na costa da Califórnia, é utilizada energia solar, a comida servida nos refeitórios é orgânica, e aos funcionários é permitido que, estando em dia com suas obrigações, saiam durante o horário de trabalho para praticar o surfe. O que à primeira vista pode parecer medidas

ineficientes no mercado, contribuiu para que a empresa quase dobrasse suas vendas desde 2008 — que chegaram a 600 milhões de dólares em 2015. (PATAGÔNIA, 2016)

O exemplo acima demonstra como a confiabilidade que uma empresa gera em seus consumidores corrobora para a expansão dos lucros. Faz-se, portanto, fundamental, que o consumidor se conscientize de seu importante papel como influenciador de quais valores alicerçarão as condutas das empresas. A mudança de atitude dos consumidores em relação às empresas com as quais se relaciona, demonstrando sua preferência por aquelas que não estão somente preocupadas com a expansão dos seus ganhos econômicos, mas também com o modo como os alcançarão e principalmente privilegiando as que estão cientes da importância que representam na construção de um ambiente global mais benéfico para todos, constitui um combustível eficaz para operar no âmbito volitivo das empresas, estimulando-as a adotarem práticas socialmente responsáveis.

No contexto globalizado, o comprometimento das empresas com práticas que respeitem direitos assegurados aos consumidores, aos trabalhadores, ao meio ambiente, dentre outros, passa a ser ação valorizada e alimentadora da confiança que os consumidores depositam nas empresas com as quais se relacionam. A reputação da empresa passa a ser cada vez mais um capital intangível que repercute na aceitação de um produto ou marca. Nesse sentido, dispõe Garcia-Marzá:

> Se o âmbito de ação da empresa é, em grande parte global, também o são as justificativas com as quais, de fato, ajuizamos a justiça dessas ações. Em função disso, exigimos responsabilidades e estamos convencidos de uma boa reputação ou, senão, retiramos a confiança depositada em um produto ou marca (2008, p. 34).

Ter a reputação de ser alguém que cumpre seus compromissos aumenta as perspectivas de obter ganhos. E a geração de valor por meio de ações socialmente responsáveis reforça a reputação da empresa como cumpridora de seu papel de coautora na elevação dos patamares emancipatórios na sociedade globalizada contemporânea (MARZÁ, 2008, p. 65).

Contudo se a preocupação em construir confiança com o consumidor certamente constitui um elemento fomentador na adoção de práticas relativas à RSE, a motivação pessoal dos CEOs, fundadores, diretores, e de todos os que se encontram no topo hierárquico da empresa e a conscientização desses

líderes de que operam papel fundamental na construção de um futuro melhor para a sociedade global, certamente constitui pedra fundamental de muitas das empresas socialmente responsáveis.

Para que a Responsabilidade Social das Transnacionais se amplie globalmente, é fundamental que os indivíduos que ocupam o topo da pirâmide hierárquica das corporações ampliem a percepção do papel que ocupam no contexto contemporâneo. Suas convicções pessoais, o peso que concedem à ética, à preocupação com os que estão a seu redor não são questões que somente interessem a eles mesmos. É preciso que o líder empresarial transforme-se em um líder consciente.

"Líderes conscientes dão amostras cotidianas de várias das mais admiradas qualidades dos seres humanos.[...] Acreditam firmemente no trabalho como uma oportunidade de contribuir para a construção de um futuro melhor." Esta citação é de John Mackey (2013, p. 7) fundador e CEO da rede de supermercados americanos Whole Food Market. Esta empresa constitui um claro exemplo de como a motivação pessoal do líder eleva o nível de responsabilidade social da empresa. Em seu livro Capitalismo Consciente, dispõe que a empresa e seus líderes precisam estar cientes e convictos de qual o seu propósito no mundo e que este precisa estar além da obtenção do lucro. No seu caso, sempre teve em mente de que era preciso viver com o coração aberto, canalizando os impulsos criativos mais profundos a fim de atingir os mais elevados propósitos, ajudando a transformar o mundo em um lugar melhor. O autor ressalta que o lucro é resultado essencial e desejável para as empresas, mas que costumam ser alcançados com mais facilidade por quem não os tem como objetivo principal, aflorando quando a empresa faz negócios com um senso de propósito maior, construindo o empreendimento sobre os alicerces do amor e do cuidado.[124]

Bill George, presidente por vários anos da Medtronic e professor em Harvard, afirma que desde criança tinha o desejo de se transformar em um líder que por meio de seus valores, e estando à frente de uma grande empresa contribuísse para o bem-estar da sociedade (MACKEY; SISODIA, 2013, prefácio).

Mackey e Sisodia (2013, p. 196-199) dispõem que em geral o líder consciente apresenta um elevado nível de autoconhecimento e sabem identificar as próprias convicções e motivações mais profundas. O líder consciente além de obviamente possuir capacidade analítica para gerir com eficiência os negócios, também necessitam ter desenvolvidas inteligências emocional e espiritual. Quando as ações são orientadas unicamente pelo

124 A Whole Food Market iniciou seus negócios sob o nome de Safer Way em 1978 dispondo de U$46 mil. Em 2013, a empresa vende anulamente mais de U$ 11 bilhões (MACKEY e SISODIA, 2013, p. 6)

vetor analítico correm o risco de resultar em postura prejudicial ao ambiente corporativo. A inteligência emocional combina a capacidade de autoconhecimento à capacidade de entender as intenções e desejos dos outros. Esta habilidade contribui para a percepção e compreensão das emoções alheias. A Inteligência espiritual coincide com uma inteligência moral que habilita o indivíduo a distinguir o certo do errado. Também é por meio dela que se cultivam a bondade, a verdade e a compaixão. A Inteligência espiritual auxilia o indivíduo a descobrir quais são suas metas mais elevadas, tanto a nível profissional quanto a nível pessoal. Os autores ressaltam ainda que líderes conscientes possuem grande capacidade de amar e cuidar de outras pessoas, se esforçam para exercer um impacto positivo no mundo por meio das empresas em que atuam. De maneira real e verdadeira, incorporam um objetivo comum, o que estimula as pessoas a seu redor a se envolverem verdadeiramente com o trabalho.

Quando o objetivo comum da empresa consiste em um bem maior, algo que não se encerra somente nos resultados numéricos, mas que envolve o desenvolvimento de pessoas, a responsabilidade social alcança seu escopo, envolvendo todos os setores da empresa a pautarem suas ações a serem positivas economicamente, ambientalmente, socialmente, respeitando ou indo além das prescrições legais e alicerçadas sobre o pilar da ética que visa fazer o que é certo para o todo, ainda que momentaneamente não signifique maiores lucros para a empresa.

5 Conclusão

Contemporaneamente, a Responsabilidade Social das Transnacionais representa importante instituto vez que inclui as empresas globais no processo de busca pela elevação dos patamares civilizatórios, além de inseri-las como coatoras na tutela ao meio ambiente.

Até o final dos anos 70, os Estados conseguiram atender adequadamente às demandas da sociedade, todavia com seu enfraquecimento, é preciso incorporar a esfera privada na construção de mecanismos que objetivem a emancipação da comunidade global, bem como o equilíbrio do meio ambiente, tornando-os objetivos comuns da esfera público e privada.

A Responsabilidade Social enquanto integração voluntária, pelas empresas, das preocupações sociais e ambientais em suas operações e nas relações com os seus parceiros, contribuem imensamente com para sedimentarem a empresa no papel de autora dos objetivos acima expostos, na medida em que o poder econômico e político das empresas globais supera contemporâneamente o poder de vários dos Estados. Nesse sentido, ao decidirem

voluntariamente contribuir para uma sociedade melhor e um meio ambiente mais saudável, as empresas transforma-se em elemento imprescindível para a consecução do bem-comum.

Atualmente cresce a pecepção de que é possível uma empresa ser socialmente responsável e altamente lucrativa.

Para que a inserção de tal instituto no âmbito das empresas potencialize-se, dois são os caminhos a serem seguidos. Um deles consiste na busca pelo estabelecimento da confiança entre empresa e consumidores. Nesse sentido, o comprometimento das empresas com ações que respeitem direitos assegurados aos consumidores, aos trabalhadores, ao meio ambiente, dentre outros, consistem em práticas valorizadas e alimentadoras da confiança que os consumidores depositam nas empresas com as quais se relacionam. A empresa, ciente de que a confiança consiste em valioso intangível tende a buscar o estabelecimento desse elo com seu consumidor. Assim, a conscientização dos próprios consumidores acerca da necessidade da empresa desempenhar papel na construção de uma sociedade mais benéficas para todos influencia na opção por condutas socialmente responsável.

O outro caminho, constitui na conscientização dos líderes da empresa acerca do importante papel que desempenham em relação à Responsabilidade Social Empresarial.

Líderes conscientes acreditam firmemente no trabalho como uma oportunidade de contribuir para a construção de um futuro melhor e através dessa convicção influenciam as atitudes de todos os patamares da empresa contribuindo para a expansão da percepção da relevância da Responsabilidade Social das Transnacionais no contexto contemporâneo.

REFERÊNCIAS

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2015.

ESTIGARA, Adriana; PEREIRA, Reni e LEWIS, Sandra A. Lopes Barbon. **Responsabilidade social e incentivos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2009.

HOLLENDER, Jeffrey e BREEN, Bill. **Muito além da responsabilidade social**. Como preparar a próxima geração de líderes para um mundo sustentável. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

KOCH, Charles G. **Good Profit.** How creating value for others built one of the world's most successful companies. New York: Crown Business International Edition, 2015.

LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista.** Barueri: Manole, 2005.

MACKEY, John. SISODIA, Raj. **Capitalismo consciente**. Como libertar o espírito heroico dos negócios. São Paulo: HSM, 2013.

MARQUES, Floriano de Azevedo Marques Neto. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARZÁ, Domingo Garcia. **Ética empresarial**. Do diálogo à confiança na empresa. São Leopoldo: Unisinos, 2008.

MAXIMIANO, Antônio César Amaru. **Teoria Geral da Administração**. Da Revolução Urbana à Revolução Digital. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim. **Empresas na sociedade**. Sustentabilidade e Responsabilidade Social. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

OLSON, JERRY C.; PETER, J. Paul. **Comportamento do consumidor e estratégia de marketing**. São Paulo: McGraw-Hill, 2009.

RAMONET, Ignacio. **Globalização, ética e empresa**. In: Construir Confiança. Ética da empresa na sociedade da informação e das comunicações. Org. Adela Cortina. São Paulo: Loyola, 2007.

ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. **Governança corporativa. Fundamentos, desenvolvimento e tendências.** São Paulo: Atlas, 2012.

TORRES, Glaucia Cardoso Teixeira e MUNIZ, Tânia Lobo. A empresa na era da globalização e a ética empresarial. In: **Direito e sustentabilidade** II.CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara. Coordenadores: José Claudio Junqueira Ribeiro, Mônica Bonetti Couto, Ingo Wolfgang Sarlet – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

SUSTENTABILIDADE E EMPRESAS TRANSNACIONAIS: análise do caso Equador e empresa petrolífera transnacional Texaco Inc.

SUSTAINABILITY AND TRANSNATIONAL CORPORATIONS: analysis of ecuador case and company transnational oil Rexaco Inc.

Eliete Doretto Dominiquini[125]
Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches[126]

RESUMO
O presente artigo estuda a relação entre Empresas Transnacionais e Sustentabilidade a fim de verificar a promoção dos Direitos Humanos Fundamentais na dinâmica da globalização econômica. Ao longo da história até a pós-modernidade, observa-se que a economia se estruturou em busca do lucro, empoderando as Empresas Transnacionais que acabam protagonizando o comando da dinâmica global, subjugando os Estados-nações conforme os ditames do capital volátil, elidindo os direitos humanos fundamentais para o motivo primeiro das legislações nacionais e internacionais dos países democráticos capitalistas: Dignidade da Pessoa Humana. O trabalho traz um caso ilustrativo, qual seja, Equador e Empresa petrolífera transnacional Texaco Inc. (Texas Company Petroleum), demonstrando a subserviência do Estado-nação e a hiperatividade da empresa que não encontrou limites para a consecução do seu fim sob a égide de falsas promessas, sendo abstraídos os pilares da sustentabilidade e portanto o desenvolvimento humano.

125 Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Bacharel em Direito pela Universidade de São Caetano do Sul (USCS). Pesquisadora na área de concentração Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito, Organizadora projeto de fomento pelo CNPq. Professora Colaboradora na Graduação em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Advogada.

126 Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1995) e graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1992). É pesquisadora e professora permanente do Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho- UNINOVE, e Professora Colaboradora do Mestrado da UNIMAR

PALAVRAS-CHAVE: Sustentabilidade; Empresas Transnacionais; Economia Global

ABSTRACT
This article studies the relationship between transnational corporations and Sustainability in order to ensure the promotion of fundamental human rights in the dynamics of economic globalization. Throughout history to post-modernity, it is observed that the economy is structured in pursuit of profit, empodeirou the Transnational Corporations end up starring in charge of global dynamics, subduing the nation states as the dictates of volatile capital elidindo fundamental human rights to the first reason of national and international laws of capitalist democratic countries: human Dignity. The study provides an illustrative case, namely, Ecuador and transnational oil company Texaco Inc. (Texas Petroleum Company), demonstrating the subservience of the nation--state and hyperactivity of the company did not find limits to achieve its purpose under the aegis false promises, and abstracted the pillars of sustainability and therefore human development.

KEYWORDS: Sustainability; Transnational Corporations; Global Economy.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Globalização Econômica do final do século XX ao Capitalismo avançado das Empresas Transnacionais; 2. Desenvolvimento Humano e Sustentabilidade; 3. A Sustentabilidade e as Empresas Transnacionais, um binômio não equacionado pelo Estado-nação em desenvolvimento: A contaminação e devastação de cinco povos indígenas no Equador e Peru, pela exploração petrolífera da empresa Texaco Inc.; Conclusão; Referências.

Introdução

A pesquisa centraliza seu tema na relação entre Estados-nações em desenvolvimento e Empresas Transnacionais e a forma como coadunam os pilares da sustentabilidade (*triple botom line*) e a busca pelo capital para atender ao escopo das empresas, que é o lucro e à finalidade do ente estatal, que é o desenvolvimento humano.

Para compreender tal relação se faz necessária uma análise histórica para o entendimento do empoderamento das transnacionais privadas, uma breve demonstração dos institutos, para, em específico, convergir na análise

de caso emblemático a título de ilustração, qual seja: a contaminação e devastação de cinco povos indígenas no Equador e Peru, pela exploração petrolífera da empresa transnacional Texaco Inc. (Texas Company Petroleum).

Ressalta-se que a pesquisa é voltada aos países em desenvolvimento haja vista terem menos condições de negociarem com o poderio das Empresas Transnacionais.

Para investigar os institutos envolvidos, suas dinâmicas e as conjunturas em que se encontram, a pesquisa partirá da seguinte pergunta: na dinâmica da economia global, as Empresas Transnacionais promovem suas atividades pautadas nos pilares da sustentabilidade de sagração internacional? O Estado-nação em desenvolvimento encontra dificuldades ao lidar com as Empresas Transnacionais e promover o desenvolvimento humano de forma sustentável?

Inicialmente, no primeiro tópico do trabalho, é priorizada a reestruturação da economia mundial do século XX, bem como a frustrada promessa do desenvolvimento humano. No segundo tópico a pesquisa aborda a questão da sustentabilidade na pós-modernidade e a meta de desenvolvimento humano que enseja convergir os pilares da sustentabilidade: social, econômico e ambiental.

Por fim, no terceiro tópico será analisado o caso emblemático sucedido na América Latina, o qual envolve países em desenvolvimento sedentos por ingressarem na roda do capitalismo avançado promovido por tais empresas, mas que, em contrapartida violam sistematicamente a sustentabilidade e o desenvolvimento humano.

O trabalho usará a técnica de pesquisa documental e bibliográfica para investigar os principais conceitos a fim de alcançar o objetivo delimitado.

1 A Globalização Econômica do Final do Século XX ao Capitalismo Avançado das Empresas Transnacionais

A economia atravessou turbulências desde o início de século XX com a primeira Guerra Mundial seguida de demais eventos indesejáveis para o modelo de então como Revolução Russa, a Revolução Mexicana, a Gripe Espanhola, a Grande Depressão dos anos 30, a Guerra Civil Espanhola, a Segunda Guerra Mundial, a Revolução Chinesa, a Revolução Cubana, o golpe militar no Brasil, a ditadura de Augusto Pinochet no Chile e a queda do Comunismo nos anos 80 (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 149) e, assim experimentou a regulação estatal na economia, confronto socialista, protecionismo comercial, suspensão da conversibilidade das moedas, desvalorizações cambiais maciças e inflação - fenômeno ainda desconhecido

pelos economistas da época-, e a partir de tudo isso, estabeleceu outras bases para as relações internacionais e econômicas, bem como outros efeitos ao capitalismo a partir de então, para descortinar a fase que, em comparação à promissora era capitalista do início do século, não se igualou em questão de crescimento e conquista de poder e capital, mas superou em níveis inimagináveis até então, deixando para trás a promessa do desenvolvimento humano e o ideal de sustentabilidade.

O capitalismo encontrou maturidade na fase de industrialização e inovações tecnológicas da segunda Revolução Industrial com o impulso da eletricidade, motor e química, dando ensejo à prática de trustes e cartéis para espancar a concorrência enquanto o nacionalismo econômico e maior intervenção estatal a protegia de forma ainda tímida.

A economia que no século XIX era marcada pelo serviço e mão de obra, no fim do século XX, no pós-Segunda Guerra e Guerra Fria, continuou a ser industrial apesar da pausa de sete décadas. Porém, ao "combinar sistema produtivo e administrativo, também agregou a informação e instantaneidade, assim os elementos da produção – terra, capital, trabalho – passaram a ser, necessariamente dominados pela nova economia de inteligência." (ALMEIDA, 2002, p. 44).

A ascendência econômica passou a se dar principalmente pelo setor manufatureiro determinante para a nova economia, pois combinou variação interminável de produtos e alta tecnologia que aumentaram sobremaneira o produto *per capita* e ainda, o sistema financeiro veio a completar o novo formato interagindo com o setor produtivo, movimentando instantaneamente o capital, cuja característica passou a ser flutuante de adesão quase universal, superando e anulando a pretérita referência do ouro que garantia a liquidez e rigidez das paridades cambiais (ALMEIDA, 2002, p. 45).

Não se pode desprezar que a partir do início do século XX, os países ricos não obtiveram êxito como no início do século XXI, para retomarem a volatilidade do mercado, sobretudo em bolsa de valores, transferindo a distribuição de riqueza que antes se dava pelo setor manufatureiro para o mercado financeiro.

A globalização econômica estruturada pelas extraordinárias empresas transnacionais, passou a ser exclusiva e até manteve os mesmos atores econômicos do século XIX: Estados Unidos, Alemanha, Inglaterra acrescentando China e Japão. Denota-se para o final do século, a regionalização

da economia com destaques aos blocos[127] comerciais que passaram a ser importantes para a economia global. Tanto que a Organização Mundial do Comércio instituiu um comitê para monitoramento das atividades com o escopo de preservação da multilateralidade comercial.

Não bastasse a evolução científica dos séculos anteriores, a fase de industrialização das grandes produções de bens, da exportação e da manipulação de capital mundial inaugurou o descarte da promessa do bem altamente durável, adotando, portanto, o descartável e investindo na novidade diária, fomentando assim o alto consumo por meio de tramas indissolúveis. A tecnologia passou a ser a alavanca desse período dependente de inovação instantânea para manter a realidade transnacionalizada do comércio no império do consumo.

Marcante esse momento do capitalismo avançado eis que, assim, como no século XVIII em que a atividade econômica passou a ser livre e de comando privado, apesar do período de regulação estatal clamado pelos direitos de igualdade desde o início do século XX, a globalização econômica voltou a experimentar um liberalismo forçado[128] pelo poder privado detentor do manuseio do capital volátil.

Em 1990 o mundo começou a sentir as mudanças radicais que a realidade tecnológica provocou. Muitos apostavam no sucesso do bem-estar social e melhor distribuição de riqueza. Foi criada a Organização Mundial do Comércio (1994) supondo que tanto os países desenvolvidos como os em desenvolvimento alcançariam a prosperidade, todavia a promessa de igualdade não se cumpriu.

127 Arranjos entre países para desenvolvimento de mecanismos de acesso aos mercados, com privilégios e preferências aos membros: i) na Europa: ACELC ou CEFTA (Acordo Centro-Europeu de Livre Comércio), EEE (Espaço Económico Europeu), UA-UE (União Aduaneira da União Europeia) e UEM (União Econômica e Monetária da União europeia) -UE (União Europeia); ii) na América: ALADI (Associação Latino-Americana de Integração), CAN (Comunidade Andina), CSME (Mercado e Economia comuns do Caribe)/CARICOM(Comunidade do Caribe), MCCA (Mercado Comum Centro-Americano), MERCOSUL (Mercado Comum do Sul), NAFTA (Tratado Norte Americano de Livre Comercio - Canadá, México e Estados Unidos e tendo o Chile), OECO (Organização dos Estados do Caribe), TLC-EUA-AC-RD (Tratado de Livre Comércio entre Estados Unidos, América Central e República Dominicana); iii) na África: ACLT (Área de Comércio Livre Tripartida), CAO (Comunidade da África Oriental), CEDEAO (Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental), CEMAC (Comunidade Económica e Monetária da África Central)/CEEAC (comunidade Económica dos Estados da África Central), UAAA (União Aduaneira da África Austral), UEMOA (União Económica e Monetária do Oeste Africano)/CEDEAO (Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental), iv) na Ásia: ALCAANZ&ANSA+3 (Área de Livre Comercio entre Associações de Nações de Sudeste Asiático, Austrália e Nova Zelândia), ALC-CEI (Área de Livre Comercio da Comunidade dos Estados Independentes), ASACR (Associação sul-asiática para a Cooperação Regional), CCG (Conselho de Cooperação do Golfo), CEEA (Comunidade Econômica Euroasiática); v) no Pacífico: Aliança do Pacífico, ACAP (Acordo comercial Ásia-Pacífico), IEOM (Franco CFP), P4 (Acordo Estratégico Trans-Pacífico de Associação Econômica), SPARTECA (Acordo de Cooperação Comercial e Econômica do Pacífico Sul); vi) Intercontinental: UEE (União Económica Eurasiática).

128 Neoliberalismo.

O compromisso da globalização econômica até então era produzir o maior número de bens a custos cada vez menores para o maior número de consumidores possível, e não a busca de igualdade entre países, o que assinalou a desigualdade aumentada, eis que a "distribuição de capital e das rendas que dele provém é sistematicamente mais concentrada do que a distribuição de renda de trabalho" (PIKETTY, 2014, p. 239), consequência de manipulação de forças antagônicas[129] que ao invés de promover a igualdade acabam por enfatizar a desigualdade. São as forças de convergência e divergência.

Observa-se nesse tocante que os países que souberam equilibrar tais forças podem no momento – de capitalismo avançado - ter sua população com maior capacidade de aproveitamento do mercado, por exemplo, o Japão que, ao se recompor das consequências da Segunda Guerra Mundial, com base no *triple bottom line* da sustentabilidade, preocupou-se em fornecer educação e saúde aos cidadãos, para depois ingressar com grande abertura na economia global, quando sua população já tinha capacidade para o aproveitamento social da globalização econômica, despontando como uma das principais potências tecnológicas (SEN, 2010, p. 63-64).

De forma geral e de outra feita, é necessário enfatizar que o desenho da globalização não é a segregação ou discriminação de nações, mas tal fenômeno acaba sucedendo uma vez que o escopo é o custo-benefício (matéria-prima farta, mão de obra barata, locais de instalação de manufatureiras de baixo custo) para hipervalorização e consumo da produção. Para obtenção do custo-benefício as empresas transnacionais acabam por impor uma série de exigências aos países nos quais irão se situar e nessas condições de exigências, muitas nações se excluem e muitas não servem sequer para serem exploradas (África ou Ásia do Sul). Assim, torna-se muito relevante o fato de que o ritmo de crescimento de um país acaba por gerar um abismo entre níveis de riqueza, tornando o desenvolvimento inalcançável aos países em desenvolvimento.

Factível também é que a globalização econômica demonstra seu esplendor quando apresenta o novo mundo de facilidades que livrou a população (grande parte) das atividades densas do passado. A atividade econômica passou a ser regida por um código flexibilizado, assim a instantaneidade, fluidez e leveza passaram a ser os objetivos da economia nessa fase, riscando caprichosamente a globalização para o século XXI que transformou todo o planeta – ou quase todo, ainda – num grande território de lugares

129 Força de convergência e divergência. A força de convergência proporciona o aproveitamento do crescimento econômico por meio de investimentos em educação e capacitação profissional (por políticas públicas), e a de divergência proporciona a desigualdade, o que distancia os poucos que possuem capacitação profissional e, portanto, aproveitam as benesses do crescimento do mercado, dos muitos que sobrevivem à margem desse crescimento. (PIKETTY, 2014. p. 29.

interligados, "graças ao vertiginoso aumento da capacidade de tratamento instantâneo de um gigantesco volume de informações; a um fenômeno complexo e intenso de interações transnacionais" (FARIA, 2002, p. 62).

A estrutura da globalização configura um novo período denominado como pós-modernidade, que segundo Zygmunt Bauman[130] é um período líquido, leve e, portanto livre. Assim o detentor do poder deve, acima de tudo, deter a fluidez, com isso se torna invencível, eis que opera com instantaneidade em inúmeros locais ao mesmo tempo, reforçando uma trama de atuação que não permite o desvencilhar dos entes comandados exceto por vontade da força de comando que perfaz esse novo período: as Empresas Transnacionais.

Apesar das controvérsias no tocante à denominação ofertada por Bauman, as mudanças do presente século, que já lampejavam no pós-segunda guerra, são inegáveis e superlativas, vindo quebrar os paradigmas anteriores cujas lógicas restaram estilhaçadas (ARNAUD, 1999).

Segundo Eduardo C. B. Bittar, a modernidade parece ter sido engolida pela pós-modernidade que proporciona uma gama inextinguível de alternativas, mas também aliena o ser na dinâmica de mercado – de grilheta, sobretudo privada - desconectando-o com a esfera pública formatando a sociedade que se desenvolve sob a sombra do individualismo, marca da sociedade sem alternativas, apesar da existência delas. Essa sociedade entende como natural as clivagens sociais e inspira ideais de estagnação por isso é antidemocrática, irreflexiva, de apatia política, cuja compensação é buscada no consumo, o que fomenta a força do mercado (BITTAR, 2009, p. 29-30).

Não se ignora a grandeza da globalização econômica, muitas dificuldades do mundo foram lenidas. O tempo é instantâneo e o espaço é mitigado e desfronteirizado. As facilidades do mundo pós-moderno são irrefutáveis, mas o desenvolvimento que seus defensores pregavam de forma contumaz não veio, pois a problematização está na capacidade de aproveitamento que cada ser (todos) detém para apropriar-se delas (das facilidades). Não são poucos os desalentados do mundo transfronteiriço que amargam a pungente realidade da globalização econômica.

Segundo o economista Joseph Stiglitz (2007, p. 68-69), os excetuados das benesses da globalização apresentam algumas preocupações eis que suas desditosas regras fazem muito mais apartar muitos e privilegiar poucos - os países industriais avançados - com a descortesia de agravar a situação de países mais pobres. Valores materiais sopitam aos outros, na globalização

130 A modernidade líquida de Bauman se traduz na instantaneidade com que o mundo se movimenta em que nada é durável e tudo deve ser volátil para estar inserido no contexto pós-moderno. Aquilo que é pesado e denso não cabe na realidade líquida que imprescinde de fluidez, no que se depara com um panorama incontrolável, o que gera confusão e impotência de controle. (BAUMAN, 2001).

econômica, pérfida com a vida e com o meio ambiente, gélida com os valores democráticos, inclusive com a reconfiguração da tradicional soberania dos países em desenvolvimento, dificultando-os de fornecerem o bem-estar aos seus cidadãos, esmagando o escopo sustentável.

Se o mundo está embrenhado na eloquência da globalização econômica do período pós-moderno, também é fulgurante a insensata desigualdade proporcionada e confirmada quando os países ricos multiplicaram sua riqueza em muitas vezes, enquanto os menos avançados progrediram, mas em menor escala e muito menos dinâmicas do que aqueles. Isso confirma a segregação em acesso de bens e rendimentos dos grupos sociais, condição essa que já vinha temerária com a desigualdade de produção antes da explosão da tecnologia de informação e instantaneidade que exigem serviços de inteligência na realidade transnacional.

O ser humano não pode sofrer a desdita dessa nova configuração econômica para aureolar o desenvolvimento humano que requer a terceira geração/dimensão de Direitos Humanos o que implica diretamente em crescimento sustentável para convergência em dignidade da pessoa humana, e não o contrário.

Segundo Amartya Sen (2012), é certo que a engenharia econômica se apartou da ética, objetivou o capital de forma livre e autônoma impingindo ao Estado a obrigação de promover e proteger a dignidade da pessoa humana.

Não se trata de amotinação contra o mercado, contra a atividade econômica, pois que é um direito conflagrado e garantido ao homem, cujo papel é deveras necessário para a vida humana, mas sim de uma análise real das suas motivações e consequências. E o que mais torna complexo o quadro é o protagonismo impetuoso do Estado-nação de tornar-se fiador final do capital global (SASSEN, 2010), quando na verdade é responsável pelas políticas públicas sustentáveis, bem como para a promoção de direitos humanos fundamentais, mas se deixa dirigir pelo interesse privado das Empresas Transnacionais que não é a promoção de direitos fundamentais e sociais, mas somente o lucro impingindo ao ser humano danos cujos efeitos tendem a rescaldar a perpetuação nas gerações futuras.

Diante das premissas trazidas à baila acerca das menções históricas do crescimento econômico e pretensão do desenvolvimento sustentável, é necessária a análise do caso ilustrativo entre centenas que sucedem pelo planeta, segundo o Tribunal Permanente dos Povos[131], sobretudo em países em desenvolvimento[132].

2 Desenvolvimento Humano e Sustentabilidade

O desenvolvimento humano abarca o crescimento econômico e não o contrário, uma vez que não só a economia como também todos institutos devem orbitar no vértice do desenvolvimento da humanidade para "alcançar a paz, o equilíbrio econômico-social, bem como a preservação do meio ambiente e a justiça como estrutura da sociedade e da democracia social" (SILVEIRA, 2006, p. 182-183).

Para ser democratizado para além dos números e estatísticas, o desenvolvimento humano não pode ter como base o crescimento do PIB (Produto Interno Bruto), tão incrementado pelas relações dos Estados e Empresas

131 "O Tribunal Permanente dos Povos (TPP), Tribunal de caráter não governamental, do gênero dos "tribunais de opinião", foi fundado em 1979 em Bolonha, na Itália pelo advogado e senador italiano Lelio Basso, foi formalmente inaugurado por juristas com compromisso social, defensores de direitos humanos, e pessoas que receberam o Prêmio Nobel da Paz.
Nasceu pouco depois de dois eventos importantes: a adoção em Argel da Declaração Universal dos Direitos dos Povos em 1976, que virou a carta constitutiva do Tribunal e a conclusão do segundo Tribunal de Russell. Em 1966, os filósofos Bertrand Russell e Jean-Paul Sartre organizaram um tribunal internacional de opinião sobre as ditaduras militares na América Latina. O Tribunal Permanente dos Povos é o sucessor direto desta iniciativa e veio fortalecer o impacto destes tribunais internacionais de opinião pela criação de um instrumento permanente para a promoção dos direitos dos povos.
O TPP é um órgão independente, nascido dos povos, que ao pedido das pessoas e organizações da sociedade civil, examina situações de violações sistemáticas de direitos. O TPP se interessa especialmente nas situações onde a justiça nacional e internacional se revelam incapazes de assumir o respeito aos direitos. O Tribunal existe porque foi constatado que o a ordem jurídica internacional administrada pelos Estados não é suficiente para garantir o respeito universal e efetivo dos direitos. Espaços têm que ser ocupados, fortalecidos e reivindicados pelos povos como atores principais na defesa dos seus direitos.
39 sessões do Tribunal já foram realizadas no mundo. As problemáticas são extremamente variadas. No decorrer dos anos foi questão dos direitos das minorias em um contexto de descolonização, dos riscos ambientais, e dos impactos da mundialização econômica nos direitos. O objetivo comum destas sessões foi de visibilizar e identificar as violações de direitos e as situações de impunidade generalizada, e de constituir para as coletividades um espaço para tomar a palavra. O processo se apoia no direito internacional e supõe um exame rigoroso dos fatos. Depois de concluir uma sessão, os veredictos e relatórios produzidos são amplamente divulgados nos movimentos sociais, nas instituições estatais, e nas diferentes comissões das Nações Unidas.". Site Tribunal Permanente dos Povos. Disponível em: <http://www.tppcanada.org/a-propos-du-tpp/le-tribunal-permanent-des-peuples/?lang=pt>. Acesso em: 24 mai. 2015.

132 Trinta empresas foram julgadas pelo TPP, todas europeias, a farmacêutica Boheringer e Roche (abuso em testes de medicamento, desrespeito à legislação brasileira por quebra de direito de patentes), a multimarcas Unilever (violações aos direitos trabalhistas e sindicais, também denunciada no Chile e Colômbia), a siderúrgica Thyssen Krup Vale do Rio Doce (construção da Companhia Siderúrgica do Atlântico, prejuízo a oito mil famílias de pescadores locais), a privatizadora de serviços públicos Suez (impacto ambiental, afetação da área onde constrói as hidroelétricas como em Tocantins e Goiás), Banco Santander (sistema financeiro) e produtora de sementes transgênicas e agrotóxicos Syngenta Seed (desrespeito à legislação ambiental e de biossegurança e patentear ilegalmente tecnologias genéticas de restrição de uso no Brasil), todas foram denunciadas pelo IV Tribunal Permanente dos Povos em 2008 e, em Madri foram condenadas por violação de direitos humanos encontrando cumplicidade estatal desde a promoção de políticas públicas de incentivo fiscal, até alteração legislativa e favorecimento judiciário conforme seus interesses privados. ADITAL. **Audiência Pública apresenta casos que serão julgados no TPP**. Disponível em: <http://site.adital.com.br/site/noticia.php?lang=PT&cod=32943>. Acesso em: 20 mai. 2015.

Transnacionais, eis que mascara a realidade da pobreza de um país, o dano sofrido pela relação econômica e, portanto, o real desenvolvimento nacional, como será demonstrado no caso do Equador ilustrado ao final.

O desenvolvimento, deve ser analisado com base no o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)[133]-[134] - [135] utilizado desde 1993 pelo PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) para avaliar o desenvolvimento não só pelos avanços econômicos (PIB, *per capita*) que são insuficientes, mas também e sobretudo pela melhoria do bem-estar humano. Desde 2010 o próprio IDH já tem sido superado devido a uma maior abrangência de itens de análise de desenvolvimento: i) uma vida longa e saudável (expectativa de vida ao nascer e saúde); ii) acesso ao conhecimento (educação); iii) padrão de vida decente: medido pela Renda Nacional Bruta (RNE) *per capita* representada pelo Poder de Paridade de Compra (PPC). [136]

Há ressalvas nesse sentido, uma vez que a análise de desenvolvimento e de desigualdade de renda somente "contribui para que se negligenciem outros modos de ver a desigualdade e a equidade, modos que influenciam de maneira muito mais abrangente a elaboração das políticas econômicas" (SEN, 2012, p. 146). Diante dessa assertiva, inclusive, os economistas se curvam à necessidade de ampliação da esfera demasiadamente restrita, sob pena de mascarar a subjetividade que a apreciação do desenvolvimento requer, haja vista tratar-se, na realidade, de análise de privação das liberdades e que, a melhor medida de desenvolvimento é a que denuncia o que cada habitante realmente pode escolher, quais as liberdades que realmente desfruta, e ainda, quais estão disponíveis para a escolha e para o desfrute.

Destarte, o desenvolvimento nacional tem como objetivo expandir as liberdades substantivas, reais (políticas, sociais e econômicas) e liberdades instrumentais (capacidades e oportunidades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, liberdades democráticas, garantias de transparência e segurança protetora), portanto "é um processo que envolve todos

133 Em que pese a advertência da própria fonte geradora de tal índice, Amartya Sen, que também corroborou com o economista paquistanês Mahbub ul Haq na elaboração, que apesar do IDH ser mais abrangente que o PIB, ainda era reduzido pois abarca tão somente educação, longevidade e renda, haja vista que sua teoria sobre privações de capacidades e liberdades tinha maior amplitude, o que significava que tal redução talvez não seja eficaz.

134 MAHBUD UL HAQ HUMAN DEVELOPMENT CENTER. Idealizador do paradigma do desenvolvimento humano e fundador do Programa das Nações Unidas de Desenvolvimento. Disponível em: <http://mhhdc.org/?p=12>. Acesso em 13 jul. 2014.

135 Índice criado pelo economista paquistanês Mahbub ul Haq para desviar o foco do desenvolvimento da economia e da contabilidade de renda nacional para políticas centradas em pessoas, concebido a partir do fundamento já criado por Amartya Sen sobre as capacidades e funcionamentos.

136 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/IDH.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDH>. Acesso em 13 jul. 2014.

os aspectos da sociedade, implicando os esforços de todos: mercados, governos, ONGs, cooperativas, instituições em fins lucrativos." (STIGLITZ, 2007, p. 93) e comunidade:

> Na vigente Constituição Federal, "o homem é a medida de todas as coisas" à medida que se positivou a dignidade humana como fundamento da República brasileira. Com efeito, percebe-se que os valores da ordem servem como fundamento para se evitar a promiscuidade do interesse individual com o coletivo (SILVEIRA, 2006, p.172).

Trata-se de aferir o desenvolvimento sustentável, que para ser sustentável deve ser solidário, ou seja, não é outro meio senão o respeito aos princípios estruturantes da sustentabilidade, os quais segundo José Joaquim Gomes Canotilho são abertos (2010, p. 8), a partir do *triple bottom line*[137] demarcador das nuances imprescindíveis para um desenvolvimento que sustente a todos, e "mais do que isso: a sustentabilidade configura-se como uma dimensão autocompreensiva de uma constituição que leve a sério a salvaguarda da comunidade política em que se insere" (CANOTILHO, 2010, p. 8).

Os cuidados que devem ser prestados ao desenvolvimento humano alinham os princípios democráticos da liberdade, juridicidade e igualdade ao conceito federador do Estado Constitucional, que é o tripé estrutural da sustentabilidade que, de forma ampla entende-se como sendo a sustentabilidade ambiental, a econômica e a social, preferindo assim uma evolução sustentável com ênfase no proibitivo também, organizando a humanidade a não viver: à custa da natureza; à custa de outros seres humanos; à custa de outras nações; à custa de outras gerações (CANOTILHO, 2010, p. 8):

> Em termos mais jurídico-políticos, dir-se-á que o princípio da sustentabilidade transporta três dimensões básicas: (1) a *sustentabilidade interestatal*, impondo a equidade entre países pobres e países ricos; (2) a *sustentabilidade geracional* que aponta para a equidade entre diferentes grupos etários da mesma geração (exemplo: jovem e velho); (3) a *sustentabilidade intergeracional* impositiva da equidade entre pessoas vivas no presente e pessoas que nascerão no futuro (CANOTILHO, 2010, p. 8-9).

137 Tripé da sustentabilidade: econômico, social e ambiental.

Assim, a partir dos institutos conceituados, importa doravante analisar um caso concreto, no qual os interesses da Empresa Transnacional se sobrepuseram aos do desenvolvimento humano dos povos indígenas do Equador e do Peru, com a conivência e coautoria do próprio estado-nação.

3 Sustentabilidade e Empresas Transnacionais, um Binômio não Equacionado pelo Estado-Nação em Desenvolvimento: A contaminação e devastação de cinco povos indígenas no Equador e Peru, pela exploração petrolífera da empresa Texaco Inc.

A Texaco Inc. (abreviação de Texas Company Petroleum) é uma petrolífera que, ao se fundir em 2001 com a Chevron, emplacou a segunda posição de petrolífera americana e a quinta do mundo[138], construída em torno de três marcas internacionais reconhecidas: Chevron, Texaco e Caltex.[139]

Da década de 60 a 90, a Texaco Inc., ao explorar a região do oriente do Equador, país em desenvolvimento e oitava maior economia da América Latina, em parceria com a empresa estatal Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (PetroEcuador), impeliram juntas a lamentável consequência devastadora da região territorial de cinco povos indígenas cuja contaminação alcançou o Rio Napo no Peru. Em contrapartida elevou o Equador ao *status* de exportador de petróleo devido à construção de um oleoduto de 500 quilômetros que cruza os Andes, ligando a Amazônia ao oceano Pacífico.

Tal empreendimento, com uma amplitude discricionária para tomada de medidas sem limites legais, resultou numa fatura de prejuízos sociais e ambientais às populações locais, sobretudo indígenas causando sérios e irreversíveis danos à Reserva do Homem e da Biosfera protegida pela UNESCO[140] (Parque Nacional Yasuní e Reserva Étnica Waorani) (COELHO, 2013,p. 77-78).

No transporte, o petróleo bruto untou as estradas. Os resíduos tóxicos da extração contaminaram os rios com 73 mil milhões litros de água contaminada. Além do gás natural que queimado para a extração de petróleo,

138 Site Encyclopaedia Britannica. Disponível em: <http://global.britannica.com/EBchecked/topic/589282/Texaco-Inc>. Acesso em: 01 abr. 2015.

139 "(...) com 11 bilhões de barris e petróleo e gás, equivalente a produção média líquida diária de 2,7 milhões de barris de óleo na data da incorporação. Em 2004 Texaco retoma o marketing nos EUA, começando em 13 estados orientais e meridionais e expandir-se para oito estados ocidentais adicionais até 2005. Como parte de seu acordo de fusão em 2001, a ChevronTexaco concordou em licenciar a marca de varejo Texaco à Shell nos EUA para a comercialização e venda de gasolina em regime de exclusividade até julho de 2004. As duas empresas vão dividir os direitos da marca para um período de transição de dois anos até a Chevron Corp. recuperar direitos exclusivos sobre a marca Texaco nos EUA em 01 de julho de 2006 . Em 2006 a marca Texaco supera 2.000 estações de serviço em mais de 20 estados em todo os Estados Unidos e está classificada como a segunda marca mais poderosa atrás da Chevron em um estudo de 2006, no preço do petróleo Information Service (OPIS)." Site Texaco. Disponível em: <http://www.texaco.com/about-timeline.aspx>. Acesso em 01 mai. 2015.

140 Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura.

emitiu gases que causaram efeito estufa, espalharam partículas, causaram chuva ácida, impactando de forma negativa o solo, as águas, a fauna, a flora, a biodiversidade local que foram banhados por aproximadamente 64 milhões de litros de petróleo escapados de falhas dos oleodutos pela péssima manutenção. Tudo isso com a agravante do livre acesso de veículos, colonização e desflorestamento permitidos pelas estradas abertas pela petroleira de locais que eram inacessíveis até então, em cujo território viviam povos indígenas de cinco tribos: Cofán, Siona, Secoya, Kichwa e Waorani (COELHO, 2013, p. 77-78).

A colonização da floresta amazônica e a degradação ambiental restaram numa luta sangrenta entre índios e invasores e em 1992, findo o contrato, a Texaco abandonou a atividade no Equador e o caso foi levado à apreciação da Corte de Nova Iorque numa ação judicial coletiva contra a petrolífera. Esta ação foi arquivada em 2001 pela alegação de incompetência dos Estados Unidos da América, porque houve uma negociação direta com o governo equatoriano com a oferta compensatória de 40 milhões de dólares entre 1995 e 1998. Tal negociação foi feita sem a participação da comunidade atingida e sem elaboração de auditoria ambiental, e mesmo que a empresa tenha se comprometido a limpar a contaminação, isso se deu sem monitoramento governamental, o que exonerava a empresa de qualquer responsabilidade futura. Em 2003 novamente houve o reingresso da ação, agora no Equador, quando já em fusão com a Chevron a empresa foi ao tribunal para a defesa da atividade (COELHO, 2013, p. 82).

Para chegar a um resultado, a perícia técnica proferiu mais de 100 relatórios para provar a culpa da Chevron bem como o valor a ser indenizado, sempre com a imprescindível ressalva da empresa se responsabilizar pela limpeza das contaminações possíveis, pois nenhuma indenização haveria de compensar estragos que não podem ser avaliados monetariamente, eis que nenhum valor seria possível para a condução ao *status quo ante* às vítimas do caso.

Ressalta-se que a perícia foi acompanhada por técnicos contratados da empresa e que foi imensamente pressionada para um resultado menos pesado à transnacional. A exploração do solo equatoriano seguiu em detrimento da proteção constitucional do caráter perpétuo da posse ancestral dos povos indígenas, direito esse fundamental inalienável, não embargável e imprescritível para priorizar a exceção, que é a expropriação por interesse público. Para equacionar tais interesses seria necessário respeitar os critérios de avaliação plenamente justificáveis para comportar a exceção supressora do multiculturalismo do próprio Estado, com a consulta dos povos atingidos. (COELHO, 2013, p. 84).

Ao arrepio da lei, para o caso foi feito um regulamento de consulta e participação para a realização de atividades petrolíferas do qual o decreto pelo Presidente da República seria bastante para surtir efeito e elidir a efetiva consulta popular. O regulamento então, determinou que as próprias empresas petrolíferas executariam os processos de consulta, cujo resultado deveria ser sempre o consentimento aos anseios do "progresso petrolífero", ainda que os expedientes utilizados fossem mentirosos (FIGUEROA, 1999).

Em 2011, com base na ilegitimidade, ilegalidade e estragos causados pela atividade petrolífera, houve condenação, agora pelo tribunal equatoriano, todavia diferindo muito para menor do que o relatório pericial oficial impugnado pela Chevron, "em 8,646 mil milhões de dólares, na qual acresce 10% deste montante para os queixosos, a título de reparação pelos danos causados"(COELHO, 2013, p. 84)[141]:

Houve recurso da empresa com pedido de arquivamento e tentativa de se livrar da indenização, o que foi negado. A execução se deu nos Estados Unidos da América, país sede da empresa, eis que no Equador não há como saldar a indenização, pois não há ativos da empresa para tanto. Nessa conta, restara a condenação indenizatória para 18 bilhões de lares (COELHO, 2013, p. 85).

Na análise do caso em apreço, verifica-se que a força do interesse corporativo das petrolíferas é implacável, sobretudo em países em desenvolvimento como o Equador.

Para iniciar rapidamente suas atividades, sem o consentimento constitucional, foi feito um regulamento que legalizou o ilegítimo, diferentemente da Colômbia, por exemplo que orienta o respeito à autoridade indígena bem como o processo de consulta de acordo com os parâmetros internacionais. O direito fundamental da consulta foi determinado às avessas, pelo regulamento em que restou estabelecido que as próprias empresas petrolíferas executassem os processos de consulta, sem olvidar o interesse petrolífero sob o manto do progresso (FIGUEROA, 1999).

141 O cálculo da indenização considerou os custos com a limpeza de águas subterrâneas, limpeza de solos, recuperação de fauna e flora, compensação por custos acrescidos para a obtenção de água potável, provisão de um sistema de saúde público, implementação de um programa de reconstrução comunitária e recuperação étnica de povos indígenas e provisão de um plano de saúde que inclua o tratamento de pessoas com cancro. É de salientar que nenhuma compensação monetária por mortes ou pela perda de ecossistemas foi atribuída.
A decisão do tribunal condenou ainda a Chevron a pagar uma indenização adicional equivalente a 100% das restituições por danos causados, com uma finalidade punitiva e dissuasora, de forma a garantir a não repetição da conduta da empresa, e punir o que o tribunal considerou ser má-fé durante o julgamento e desrespeito pelos queixosos. Esta indenização adicional, contudo, poderia ser substituída por um pedido de desculpas público, na forma de anúncios publicados em jornais equatorianos, dirigidos às vítimas da contaminação, no prazo máximo de quinze dias. Na sua decisão, o tribunal esclarece que este pedido de desculpa é uma medida simbólica de reparação moral e de reconhecimento dos efeitos do mau comportamento da Chevron, reconhecida pelo Tribunal Interamericano de Direitos Humanos como uma forma de garantir a não repetição de atentados contra os direitos humanos (COELHO, 2013, p. 85).

Notadamente, lidar com tais empresas na questão do Equador significou, sobretudo, submeter os povos indígenas à poderosa força dos interesses econômicos, e o governo que deveria equacionar esse desnível de forças, mais do que promover a economia como preconiza o liberalismo, se conluiou com as empresas para descampar as limitações e obstáculos que os povos indígenas impuseram.

Também ganharam ainda mais forças as empresas quando o Banco Mundial financiou programas de conscientização dos povos indígenas acerca da benevolência do progresso almejado pela atividade das empresas petrolíferas, suas clientes, a fim de subordinar os interesses das "etnias" aos interesses de uma elite econômica. Quem porventura tivesse uma posição contrária a tal progresso era acusado de rebeldia e subversão e por isso seria o rebelde ou subvertido penalizado, a fim de sucumbir com qualquer resistência indígena. Assim a "consulta" constitucional e, portanto, necessária, se transformou num processo imposto às comunidades envolvidas, pelos próprios governos e empresas petrolíferas, ignorando a boa-fé e o direito coletivo da consulta abarcado pela Convenção 169[142] da Organização Internacional do Trabalho, passando tal ato de consulta a dever de consentir.

Não é demais lembrar que a função do Banco Mundial é a erradicação e alívio da pobreza sendo que "40% de seu orçamento é investido em projetos de energia não renovável, que incluem grandes projetos de Hidrocarbonetos em países pobres, realizados por petrolíferas multinacionais (FIGUEROA, 1999)".

Mitigar o direito à consulta significou a subserviência do Estado aos anseios econômicos corporativos, dando passagem às empresas petrolíferas fomentadas pelo Banco Mundial, impedindo que os povos indígenas questionassem a legitimidade da atividade petrolífera bem como discutissem seus impactos sobre o gozo de seus direitos humanos básicos, como a vida, a saúde, a integridade cultural, ou seu meio ambiente.

É ainda importante destacar que, notáveis do Banco Mundial, ao concluírem em 2001 a pesquisa sobre a relação pobreza e atividade petrolífera em países pobres, recomendaram incidentemente pela limitação imediata de financiamento deste tipo de projeto nos países de inefetiva governabilidade e ineficaz sistema normativo, cuja meta era o cancelamento dos financiamentos dessas operações até 2008.

142 Convenção 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: < http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>. Acesso em 02 mai. 2015.

Contra sua própria recomendação, o Banco Mundial avançou nos financiamentos abstraindo seus critérios anunciados eis que o governo do Equador não preenchia qualquer dos sete critérios para que houvesse a limitação imediata.[143]

Em um editorial de 2004 o New York Times evidenciou que nações pobremente governadas como Equador, estariam em melhores condições se não tivessem descoberto o petróleo, pois tal evento costuma abrir margem à corrupção, impedir o real desenvolvimento de uma economia diversificada, sustentar ditaduras e manter guerras (FIGUEROA, 1999).

Esse desenvolvimento pretendido e proposto pelas transnacionais é condenado ao crescimento contínuo e, portanto, o crescimento constante do Produto Interno Bruto (PIB) que promete promover o emprego, pagar reformas e a custear as despesas públicas para fornecimento de educação, segurança, justiça, cultura, transportes, saúde etc., demonstrando um espancamento obtuso nos três pilares da sustentabilidade.

Esse crescimento se torna compulsório segundo Serge Latouche (2005, p. 29) e não tem volta. Imbuído nessa promessa, o custo-benefício do progresso instalado em forma de petrolífera que retirava, segundo os indígenas afetados, o sangue da terra do Equador, não restou numa equação ponderada, incidindo o país no ideal de ser o fiador final do capital global que a tal petrolífera angariava de forma insustentável, deflagrando uma degradação ambiental irrecuperável. No Equador, o petróleo representa 40% das exportações contribuindo sobremaneira para a balança comercial positiva[144], porém sem sustentabilidade e sem significação ao Índice de Desenvolvimento Sustentável.

Pode-se considerar inclusive e, sobretudo que, há comandos legais para que tal crescimento insustentável não ocorra como a Convenção 169 de Proteção dos Povos Indígenas da Organização Internacional do Trabalho, as recomendações do próprio Banco Mundial para financiamento de extração de petróleo e a Constituição do Equador. Porém não foram suficientes para combater a dinâmica da empresa, mas foram bastantes para a apropriação do aparato judicial porém, as indenizações e compensações condenadas não

143 "Os critérios são: i) Capacidade do governo para administrar a receita de forma transparente e manter a estabilidade econômica; ii) Vontade de permitir a condução de auditorias independentes da receita relacionada ao setor extrativo; iii) Condições efetivas para a distribuição da receita entre autoridades locais, regionais e nacionais; iv) Um regime de direito de qualidade; v) Ausência de conflito armado ou risco para este tipo de conflito; vi) Respeito do governo às normas trabalhistas e os direitos humanos, conforme o compromisso assumido mediante sua adesão aos tratados de direitos humanos ratificados pelo mesmo; vii) O reconhecimento e vontade por parte do governo de proteger os direitos dos povos indígenas garantidos internacionalmente". FIGUEROA, Isabel. **Povos indígenas versus petrolíferas: Controle constitucional na resistência.** Tradução de Maria Lucia Marques. Disponível em: < http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30496-31953-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2015.

144 REUTERS Africa. **Ecuador first-half trade surplus rises to $390 mln. 2012**. Disponível em: <http://af.reuters.com/article/energyOilNews/idAFL2E8JDF2K20120813>. Acesso em: 03 mai. 2015.

cobriram todo o dano causado, eis que nem todos foram considerados e as restituições não poderiam recuperar o estado anterior à atividade transnacional, no tocante à contaminação, à vida social daquela população.

Ressalta-se que a restituição completa não possui equivalência de compensação econômica uma vez que "muitas das perdas como prejuízos da saúde, expulsão de povos indígenas das suas terras ancestrais e mudança radical do comportamento das pessoas no próprio ambiente em que viviam, nenhum valor monetário pode ser estimado" (FIGUEROA, 1999).

Respeitadas as premissas dos Direitos Humanos, amplas e vastas, para não incidir na ilegalidade, nesse caso, poderia o Equador ter protegido os povos indígenas e principalmente, minimizado a degradação ao meio ambiente, à vida, à saúde e se tivesse dado à comunidade envolvida a efetiva permissão constitucional de participação nas discussões tanto na consulta e monitoramento ambiental como na elaboração do Estudo de Impacto Ambiental. Estas seriam as mínimas condições para se defenderem da estrutura neoliberal do capitalismo avançado que muitas vezes vai além de expedientes duvidosos a ponto de desqualificar a atuação do Estado para o bem-estar social não restando chances de desenvolvimento sustentável.

Conclusão

A economia experimentou a sua regulação estatal, o confronto socialista, protecionismo comercial, suspensão da conversibilidade das moedas, desvalorizações cambiais maciças e inflação. Também suportou os dois maiores eventos de proporções inigualáveis e desastrosas: as guerras. A partir disso tudo veio a estabelecer outras bases para as relações internacionais e econômicas bem como outros efeitos ao capitalismo para descortinar a fase que, em comparação à promissora era capitalista do início do século, não se igualou em questão de crescimento e conquista de poder e capital, mas superou em níveis inimagináveis até então, deixando a promessa do desenvolvimento humano e o ideal de sustentabilidade afastados de seu escopo: o lucro.

Nessa atividade destacam-se as Empresas Transnacionais, entes privados que empoderados buscam o capital volátil e assim atuam junto aos países em desenvolvimento impondo suas condições em busca do lucro.

Por outro lado, o desenvolvimento humano abarca o crescimento econômico e não o contrário uma vez que não só a economia como também todos institutos devem orbitar no vértice do desenvolvimento da humanidade e não há desenvolvimento se não pelos pilares da sustentabilidade: o econômico, o social e o ambiental. Só assim todos os homens poderão alcançar uma condição digna de vida, sendo esse e não outro o escopo do arcabouço legal

tanto nacional quanto internacional, sendo essa a responsabilidade crucial do Estado-nação que será considerado desenvolvido segundo o Índice de Desenvolvimento Humano.

Nesse diapasão a sustentabilidade e a Empresa Transnacional formam um binômio não equacionado pelo Estado-nação, pois, respondendo a pergunta da pesquisa, tais entes econômicos não coadunam o desenvolvimento sustentável principalmente quando lidam com países em desenvolvimento, e esses por suas vezes não conseguem promover o desenvolvimento humano haja vista o desrespeito ao tripé da sustentabilidade cuja sagração internacional muitas vezes vem sendo mantida tão somente nos preceitos legais e doutrinários haja vista que, a realidade material não demonstra efetividade, mantendo um abismo enorme entre países pobres e ricos.

REFERÊNCIAS

ADITAL. **Audiência Pública apresenta casos que serão julgados no TPP**. Disponível em: <http://site.adital.com.br/site/noticia.php?lang=PT&cod=32943>. Acesso em: 20 mai. 2015.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Os Primeiros Anos do Século XXI**. O Brasil e as Relações Internacionais Contemporâneas. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

ARNAUD, André-Jean**. O Direito entre a Modernidade e a Globalização, lições de filosofia do Direito e do Estado.** Tradução Patrice Charles Wuilliaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. In: **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito**. SILVEIRA, Vladmir Oliveira da.; MEZZAROBA, Orides (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade.** São Paulo: Forense, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. R**evista de Estudos Politécnicos Polytechnical Studies Review**, 2010, Vol VIII, nº 13. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S164591120100001000002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 03 jul. 2016.

COELHO, Ricardo. Por um preço na natureza para a preservar? Contradições, dilemas e conflitos em torno da extração de petróleo no Equador. In.: CENTERI, Laura; CALDAS, José Maria Castro. **A escolha além da (in)comensurabilidade**. Controvérsias e tomada de decisão pública acerca do desenvolvimento territorial sustentável. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2013. p. 70-100. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=https%3A%2

F%2Fhal.archivesouvertes.fr%2Fhal01054935%2Fdocument&ei=kNRDVc2iGoGayAT68oHIDQ&usg=AFQjCNHotRYVRSKQxy6LBBOJ37Zo_gp0wg&sig2=XgFs4HAA8ZdQAvp4kgQ54A>. Acesso em: 01 maio de 2015.

DOMINIQUINI, Eliete Doretto. Empresa Transnacional: a Estrela da Globalização, p. 105-128. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; FREITAS, Juarez; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini (coord.). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito**. Florianópolis: FUNJAB, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=05d74c48b5b30514>. Acesso em: 15 fev. de 2014.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRARI, Euzébia Krusser. Responsabilidade das Empresas por violações de direitos humanos: análise dos tipos de cumplicidade. p. 421-438. In: SOBRINHO, Ruy Cardoso de Mello Tucunduva; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira (Coord.). **Direito e sustentabilidade III.** Florianópolis: FUNJAB, 2014. p. 421-438. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=efb61dd984183066>. Acesso em: 12 jun. de 2015.

FIGUEROA, Isabel. **Povos indígenas versus petrolíferas:** Controle constitucional na resistência. Trad. Maria Lucia Marques. 1999. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30496-31953-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 maio de 2015.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo.** Tradução Marcos Maliska e Lisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno.** Lisboa: Edições 70, 2012.

MAHBUD UL HAQ HUMAN DEVELOPMENT CENTER. Disponível em: <http://mhhdc.org/?p=12>. Acesso em: 13 jul. 2014

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2015.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no século XXI.** Trad. Mônica Baumgarten de Bolle. 1 ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PINHEIRO, Francine Damasceno. **O Judiciário e a apropriação da natureza: reflexões a partir do Tribunal Permanente dos Povos. Universidade Estadual de Londrina**. Disponível em: < http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/terceirosimposio/francinedamasceno.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2015.

PRIOSTE, Fernando Gallardo Vieira; HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. **Empresas Transnacionais no banco dos réus, Violações de Direitos Humanos e Possibilidades de Responsabilização**. Curitiba: Terra de Direitos, 2009. Disponível em: <http://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2010/08/Guia-transnacionais-Versao-Final-em-portugu%C3%AAs.pdf> . Acesso em: 07 abril de 2015.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA DESENVOLVIMENTO. Relatório de Desenvolvimento Humano. Disponível em: <http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=en&tl=pt&u=http%3A%2F%2Fhdr.undp.org%2Fen%2F2013-report>. Acesso em: 20 maio de 2015.

REICH, Robert. B. Supercapitalismo. **Como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

REUTERS Africa. **Ecuador first-half trade surplus rises to $390 mln**. 2012. Disponível em: <http://af.reuters.com/article/energyOilNews/idAFL2E8JDF2K20120813>. Acesso em: 03 maio de 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SASSEN, Saskia. **Sociologia da Globalização**. Tradução Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2010.

_____. **The Global City: New York, London, Tokyo**. Princeton University Press, 2001.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

_____. **Sobre Ética e Economia.** Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. **O Direito ao Desenvolvimento na Doutrina Humanista do Direito Econômico.** Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

_____; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Os Direitos Humanos:** conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____;NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. Direito e Desenvolvimento no Brasil no século XXI: uma análise da normatização internacional e da Constituição Brasileira. p. 135. In: NETO, Aristides Monteiro; MEDEIROS, Bernardo Abreu (coord.). **Direito e Desenvolvimento no Brasil do século XXI**. Brasília: IPEA, 2013.

STIGLITZ, Joseph E. **Globalização: como dar certo.** Tradução Pedro Maia Soares. São Paulo: companhia da Letra, 2007.

TEXACO. Disponível em: <http://www.texaco.com/about-timeline.aspx>. Acesso em: 01 mai. 2015.

TRIBUNAL PERMANENTE DOS POVOS. Disponível em: <http://www.tppcanada.org/a-propos-du-tpp/le-tribunal-permanent-des--peuples/?lang=pt>. Acesso em: 24 maio de 2015.

TRIBUNAL PERMANENTE DE LOS PUEBLOS. **Sentencia: La Union Europea y las Empresas Transnacionales em America Latina:** políticas, instrumentos y actores complices de las violaciones de los derechos de los

pueblos. Terra de Direitos, 2010, p. 4-6. Disponível em: <http://radiomundoreal.fm/IMG/pdf/tribunal_permanente_de_los_pueblos_-_sentencia.pdf>. Acesso em: 13 abril de 2015.

UNEP/PNUMA - Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr14-summary-es.pdf>. Acesso em: 20 abril de 2015.

O SER SOCIAL NA ECONOMIA CRIATIVA: uma abordagem multidimensional

THE HUMAN BEEN SOCIAL IN CREATIVE ECONOMY: a multidimensional approach

Orides Mezzaroba[145]
Nathalie de Paula Carvalho[146]

Sumário: Introdução. 1) Uma sociedade informacional. 2) A promoção da inclusão social por meio da Economia Criativa: uma possibilidade. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo
Este artigo tem por objetivo conceituar o instituto da economia criativa, a partir de um resgate histórico, contextualizando esta realidade com uma abordagem multidimensional, com o precípuo objetivo de promover a inclusão social dos indivíduos neste cenário. Trata-se de uma análise que perpassa pelos meandros econômicos que utilizam a criatividade humana como mola propulsora da economia criativa, produzindo seus reflexos na esfera individual e social, promovendo também a capacitação dos envolvidos neste processo criativo, além dos consumidores de produtos e serviços ofertados com base nesta proposta. Será demonstrada a real possibilidade de se promover a inclusão social por meio da economia criativa, tendo por principal insumo a utilização do intelecto humano.
Palavras-chave: Economia criativa. Inclusão social.

Abstract
This paper aims to conceptualize the institute of the creative economy, from a historical, contextualizing this reality with a multidimensional approach, with the main objective to promote the social inclusion of individuals in this scenario. It is an analysis that permeates the economic intricacies of using human creativity as a driving force of the

145 Professor do Programa de Pós-graduação em Direito (mestrado e doutorado) da Universidade Federal de Santa Catarina. Professor colaborador no Programa de Mestrado em Direito da Uninove. Professor pesquisador de produtividade do CNPq.
146 Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

creative economy, producing its effects on the individual and social level, also promoting the training of those involved in this creative process, in addition to consumer products and services based on this proposal. It will be shown the real possibility of promoting social inclusion through creative economy, with the main raw material the use of the human intellect.
Keywords: Creative economy. Social inclusion.

Introdução

O processo econômico, ladeado por uma tecnologia indomável, trilha uma trajetória que não se sabe onde nem como findará. Antes de teorizar acerca dessa afirmação, é necessário um mínimo desvio, que visualize o porquê dos analistas dos dias presentes ter compreendido o efeito dessa sentença inicial. De uma maneira ou de outra, qualquer indivíduo se insere num processo econômico quando compra, vende, troca, empresta, aluga, doa, recebe, enfim, quando realiza qualquer ato negocial.

A propósito disso, os processos econômicos do mundo contemporâneo não se restringem a limites territoriais e, portanto, qualquer indivíduo de hoje é um ator econômico integrado à economia de todo o planeta. Assim, a repercussão de uma prática, por mais simples que pareça, já não se exaure num encadeamento de eventos simples.

A realidade contemporânea implica no reconhecimento de que a revolução tecnológica (RIFKIN, 2012) é a orientadora das mais diversas searas: humanas, econômicas, socais, estruturais etc. Fala-se em organizações, incluindo as criminosas, são consideradas globais e informacionais. É a tecnologia da informação que se apresenta como a mola propulsora da sociedade informacional.

Trata-se de um sistema de comunicação que é trazido em uma língua universal digital, moldurando a vida ou sendo por ela moldada por meio, por exemplo, de redes interativas de computadores: “neste contexto há uma abundância de bens culturais e intelectuais e diante disto a velha economia agoniza, baseada que é na defesa irracional da indústria cultural, em detrimento da cultura e dos verdadeiros produtores da cultura, os autores intelectuais”. (ROVER, 2006, p.36).

Essas mudanças confusas e descontroladas levam as pessoas a se reagruparem em torno de identidades primárias, ou seja, as religiosas, as étnicas, as territoriais ou simplesmente nacionais. A riqueza, o poder e a imagem, nesse contexto, estão materializados em um mundo de fluxos na busca de uma identidade coletiva ou individual com uma fonte de significação pessoal.

1 Uma sociedade informacional

Com o paradigma da integração promovida pela globalização assentado, a economia compreendeu que a participação de um ator econômico, por menor monta que tivesse, representaria uma propulsão geral das riquezas circulantes ou, em termos vulgares, o bolo econômico cresceria à medida que todos os nichos negociais se aglutinassem. E então, como num holograma, um ponto isolado passou a não representar quase nada, mas a união das suas extremidades é condição essencial à formação do todo. (MATTELART, 2002).

A partir da adoção espontânea das práticas *neoliberais* ou com a imposição delas, por intermédio das economias centrais do capitalismo, todas as estruturas econômicas do mundo se imbricaram de uma tal forma, a não existir mais empresas de um país apenas ou bolsas de valores de uma comunidade econômica restrita e, enfim, cidadãos que não sofram o influxo da macroeconomia mundial em seu cotidiano. A economia atual, ladeada pela tecnologia indomável, globalizando determinados comportamentos, estandartizando soluções econômicas e imprimindo até mesmo conceitos culturais, teria iniciado algo irreversível.

A par do contexto que há pouco se introduziu, é necessário frisar que o sistema capitalista, por quaisquer das formas que já assumiu ao longo da história, foi e é marcado por duelos, que tanto podem ser examinados isoladamente, quanto podem ser analisados uns a partir dos outros, transparecendo, assim, seu caráter de nascedouro infinito de contradições e, ao mesmo tempo, de solucionador incansável dessas mesmas contradições.

De logo, o conflito que mais interessa a esta análise é entre o capitalismo e a democracia. Isto é, o quanto a livre atuação econômica invade a seara política, tanto dos representantes eleitos como, de resto, de todos os cidadãos. Deve-se supor quanto o capitalismo, propositalmente, cadencia a educação e a participação política de todos os cidadãos.

Os indivíduos são responsáveis pela tomada de decisões estratégicas em redes de intercâmbios instrumentais responsáveis pela conexão ou desconexão de pessoas, grupos ou países. É uma sociedade estruturada entre a rede e o ser (CASTELLS, 2007), materializada por vezes em uma "esquizofrenia" estrutural.

A ausência de comunicação promove uma alienação entre os grupos sociais e indivíduos, na medida em que o "outro" seria considerado uma ameaça. Trata-se da "geração *internet*" (TAPSCOTT, 2010). Com isso, a fragmentação social se propaga por meio de uma racionalidade, uma ação social significativa e uma política transformadora, tudo orientado pela tecnologia, o atual contexto social:

> Este novo conceito de informação gerador de conhecimento não surgiu por acaso. É fruto de uma nova sociedade, tecnologicamente complexa e cuja velocidade no trânsito de dados e, por conseguinte, as necessidades urgentes do novo superam a cada minuto décadas inteiras outrora experimentadas pela humanidade. Esta nova sociedade que conduziu a um novo conceito de informação também fez surgir novas formas de controle, armazenamento e distribuição desta informação. A informação é uma palavra que enseja uma complexidade que a torna de difícil definição no contexto da Revolução da tecnologia da informação. Isto porque, para fazer uso da informação, faz-se necessário que ela exista que seja conhecida e que se encontre disponível (WACHOWICZ, 2006, p. 40).

Vale mencionar, entretanto, que a tecnologia não determina a sociedade, haja vista que uma somatória de fatores como a criatividade, a iniciativa empreendedora, a descoberta científica e a inovação tecnológica devem ser levadas em consideração nesta complexa análise.

A interação com o mundo, neste formato, representa um novo estilo de produção, comunicação, gerenciamento e vida social. (GUARREIRO, 2006). A formação de redes é o resultado imediato desta interação. Pela lente econômica, pode-se afirmar que as inovações tecnológicas são objeto de apropriação pelos países, na medida em que considera a tecnologia, a sociedade e as transformações históricas como orientadores deste processo, realidade vela pela intervenção estatal, uma fundamental força nesse âmbito (*v.g.* China, Japão e a extinta URSS).

Importante salientar a diferença entre os modos de desenvolvimento – o industrialismo e o informacionalismo – e os modos de produção – capitalismo e socialismo (ou estatismo). O chamado pós-industrialismo é o palco da tecnologia da informação. Poderia ser considerada uma reestruturação do sistema capitalista? Análises mais direcionadas para a era da informação apontam para uma resposta afirmativa.

Surge uma nova ordem estrutural social, ordenada pelo modo de desenvolvimento do informacionalismo. As relações sociais – produção (relações entre as classes), experiência (históricas, familiares) e poder (institucionalização da representatividade estatal) – ganham robustez no que se relaciona com a complexa rede de comunicações que conecta o mundo.

Formam-se as culturas e as identidades coletivas, por meio de uma comunicação por vezes simbólica entre os seres humanos, promovendo o relacionamento destes com a natureza e, principalmente, com o fator tecnologia. Alia-se o conhecimento à informação. Tem-se um princípio de desempenho estruturante, calcado no industrialismo – crescimento da economia

e maximização da produção – e o informacionalismo – desenvolvimento tecnológico, acumulação de conhecimentos, níveis de complexidade do processamento da informação. Seria uma "*perestroyka* capitalista" para Manuel Castells (2007).

Não se deve olvidar o palco em que desfila a sociedade da informação: uma economia de mercado. O neoliberalismo consiste em um conjunto de ideias políticas e econômicas capitalistas que defende a mínima participação estatal nos rumos da economia de um país: "para manter os lucros, o capital precisa estar constantemente explorando novos mercados" (HELD, McGREW, 2001, p. 16).

Prega-se a minimização do Estado, tornando-o mais eficiente pela abertura da economia para o capital internacional e a sua desburocratização. Contraria-se a tributação excessiva, a favor do aumento da produção, como objetivo básico de atingir o desenvolvimento econômico.

Os críticos mais atentos ao sistema afirmam que a economia neoliberal só beneficia as grandes potências econômicas e as empresas multinacionais. Os países pobres ou em processo de desenvolvimento sofrem com os resultados de uma política neoliberal, marcados por consequências devastadoras dessa ideologia: desemprego, baixos salários, aumento das diferenças sociais, monopólios, dependência do capital internacional, afastando-se de possíveis soluções para esses problemas, *v.g*. uma melhor distribuição de renda para diminuir a pobreza, melhorias na educação, a responsabilidade do capital e do trabalho, diretrizes para o bem-estar social etc.

Ao seguir a orientação neoliberal, a globalização pode ser concebida como um fenômeno que possui tanto um lado positivo (desenvolvimento geral das populações) como negativo (males sociais, políticos, econômicos, exclusão social)[147]. Enquanto as distâncias físicas e virtuais encolhem, aumenta-se a velocidade da interação social, de modo que os acontecimentos mundiais possuem uma reverberação quase imediata a nível global. Fabio Wanderley Reis destaca os malefícios, ao apontar que:

> Essa estrutura [globalizada] revela mesmo traços que podem ser descritos como próprios de uma sociedade de castas, em que se superpõem mundos sociais radicalmente distintos, separados por profundo fosso quanto a condições de vida e unidos somente por formas de intercâmbio antes precárias e restritas a determinadas esferas de atividade. A dinâmica tecnológica e econômica que se afirma como parte das tendências novas da globalização não autorizam qualquer

147 Cf. SILVA JÚNIOR, Ary Ramos. Globalização, Estado Nacional e Democracia: as transformações do capitalismo e seus impactos econômicos, sociais, políticos e espaciais. **Economia & Pesquisa**. Araçatuba, n. 6, mar. 2004, p. 25.

> otimismo no que se refere à sua eventual contribuição para melhorar esse quadro de desigualdade. Ao contrário, o que temos com ela, mesmo nos países economicamente mais avançados, são o aumento da desigualdade social, níveis inéditos de desemprego, a 'nova pobreza', o aumento da violência urbana (REIS, 1997, p. 49).

A globalização é um processo que não pede licença. Nem precisaria. Por conta disso, será mais dispendioso para alguns, mas, com o tempo, as vantagens surgirão para a maioria. Lembra também que se trata de um dado da realidade, de modo a exigir uma visão estratégica que preveja os custos e benefícios dos seus resultados.

Pela ótica da Psicanálise social (BARGLOW, 2013), a tecnologia está ajudando a desfazer uma visão de mundo por ela desprovida no passado, por conta desta nova conectividade promovida em uma identidade partilhada, reconstruída. Quando a rede desliga o ser – individual ou coletivo – é erguido um significado sem a identificação instrumental global. Nesse contexto, a desconexão promove a exclusão social.

A necessidade da dinâmica do capitalismo de formar uma "aldeia global" [148] que permita maiores mercados para os países centrais impulsiona a globalização, no que diz respeito à forma como ocorre uma maior interação e aproximação entre as nações, interligando o mundo e, para isso, levam-se em consideração os aspectos econômicos, sociais, culturais e políticos[149].

Trata-se de uma realidade em que é possível a realização de transações financeiras, a expansão de negócios até então restritos a pequenos mercados de atuação para outros mais distantes e emergentes, sem necessariamente um investimento alto de capital financeiro, proporcionado pela eficiente comunicação do mundo globalizado.

George Ritzer (2007, p. 01-33) define a globalização como a difusão das práticas capitalistas, expansão de relações através de continentes, organização da vida social em uma escala global e crescimento de uma consciência mundial compartilhada, a que chama "sociedade civil global". Em outras palavras, a globalização é um fenômeno que se apresenta como um processo de internacionalização das práticas capitalistas, uma interligação de mercados nacionais e internacionais com a diminuição das barreiras alfandegárias e liberdade expressiva para o fluxo de capital no mundo.

---

148 Cf. IANNI, Otávio. **Era do globalismo**. Rio de Janeiro: Civ. Brasileira, 1996, p. 50.

149 Cf. HÖFFE, Otfried. Visão republicana mundial: democracia na era da globalização. **Revista Trimestral de Filosofia da PUCRS (Veritas)**. Porto Alegre, v. 47, n. 04, dez., 2002, p. 555.

Não há uma dissociação radical entre o "global" – representado pelas multinacionais, pelo terrorismo internacional, pela indústria do entretenimento, pela rede mundial de computadores – e o "local" – marcado pela noção de cidade, de etnicidade, de fontes tradicionais de identidade. Para corroborar seu raciocínio, enfatiza que a globalização pode ser apontada como uma das razões do ressurgimento de identidades culturais locais em várias partes do mundo.

O movimento de internacionalização do capital é excludente, por natureza. Está em curso um nítido movimento tendente à conexão dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, haja vista que o discurso ideológico da globalização, o qual procura mostrar que a abertura econômica é uma das possíveis soluções para a crise econômica - atualmente em grande evidência – vem conseguindo cumprir seus objetivos, acentuando cada vez mais as ligações socioeconômicas.

2 A promoção da inclusão social por meio da economia criativa: uma possibilidade[150]

A economia criativa surge no cenário econômico hodierno como um instrumento a favor do desenvolvimento econômico com um ingrediente diferenciado, haja vista que utiliza como principal insumo a criatividade e o talento, individual ou coletivo. (BENHAMOU, 2007). Foge dos interesses meramente especulativos comuns às atividades econômicas tradicionais, pois também integra socialmente. Deste modo, trata-se de uma meta de adequação aos anseios sociais já tão olvidados pelo Poder Público. É uma oportunidade.

Assim, as origens econômicas, castigadas pelos solavancos da história com inúmeras crises e superações, abre as portas para uma nova forma de enxergar a economia e fornecer um aparato técnico e instrumental para o implemento desta forma de exploração características tão peculiares aos seres humanos: a capacidade de criar. Afinal, "o conhecimento histórico assenta-se sobre um sujeito que também é histórico, pois o homem leva consigo a História que investiga". (ARON, 1938, p. 49).

Ao lado disso, as mudanças de orientações pautadas pelos clamores relacionados com o Direito Ambiental na busca de um desenvolvimento sustentável, representam o cenário ideal para a proliferação destes empreendimentos de cunho inovador. A ala empresarial acompanha esta tendência e busca retirar destas práticas o que lhes convêm. Natural que assim seja, haja vista que o

150 Cf. MINISTÉRIO DA CULTURA. **Plano da secretaria da Economia Criativa**: políticas, diretrizes e ações, 2011 – 2014. Brasília, Ministério da Cultura, 2011.

oportunismo caminha lado-a-lado com a busca por diferentes e eficientes alocações de esforços que resultem em recursos, de preferência em formato de lucro. A tentativa é aliar estas duas orientações. (REBOUÇAS, 2013).

Trata-se da "culturalização dos negócios", ou seja, um modo de inovar produtos e serviços, ampliar o mercado consumidor e fidelizar bandeiras através da incorporação de elementos culturais e criativos ao negócio. (TOLILA, 2007). Desta forma, a Economia Criativa tem sido considerada uma promissora estratégia de desenvolvimento para o século XXI.

Existem várias manifestações da economia criativa no Brasil. A título de exemplo, citam-se: as "rendeiras da ilha", em Florianópolis-SC; as "rendeiras da Prainha", situadas no município de Aquiraz-CE; os catadores de búzios, sururu (*Mytella charruana)*, caranguejos *(Nanoplax xanthiforms),* siris *(Callinectes sapidus)*, dentre outros mariscos, situados em alguns municípios do Nordeste brasileiro (*v.g*. Maranguape e Acaraú, ambos no Ceará); os "ecofogões" movidos a energia solar. O que estas atividades têm em comum é o fato de que geram renda, empregos, representam muitas vezes a subsistência das pessoas que dele dependem e, ainda assim, por não serem regulamentadas, permanecem à margem do setor econômico. É preciso incluí-las e, principalmente, reconhecê-las.

A proposta seria empresariá-las, ou seja, fornecer um formato empresarial adequado para a realidade, com o competente registro para finalidades oficiais (*v.g.* Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), implantada pela lei 12.441/11, microempresa (ME); empresa de pequeno porte (EPP), sociedade em nome coletivo (NC), sociedade limitada (LTDA), cooperativas *etc.*); formalizar as relações de emprego existentes, com todos os direitos trabalhistas legalmente reconhecidos; possibilidade de aposentadorias; orientações gerais do SEBRAE no que se relaciona com o empreendedorismo, assessoria dos órgãos de proteção ao consumidor; proporcionar o acesso a créditos para incrementar a atividade; fornecimento de Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) para fins fiscais.

O que há de comum entre estas atividades? São precipuamente econômicas; preservam diversas culturas tradicionais (um direito fundamental); utilizam técnicas de produção baseadas no trabalho manual, artístico, criativo e enaltecem os talentos inerentes a cada um dos indivíduos que laboram. São formas de economia, portanto, acrescentando-se o adjetivo "criativa".

São propostas as seguintes orientações para a economia criativa: (i) a importância da diversidade cultural do país; (ii) a percepção da sustentabilidade como fator de desenvolvimento local e regional; (iii) a inovação como vetor de desenvolvimento da cultura e das expressões de vanguarda e (iv) a inclusão produtiva com base em uma economia cooperativa e solidária.

A ideia inicial é unir os processos de a criação, planejamento, produção, distribuição e divulgação de produtos e serviços tendo como base de origem o capital intelectual, a criatividade, nível de conhecimento e recursos materiais disponibilizados, além de modelos de gestão e de negócios. Além disso, firma-se o entendimento de que a vida social não se pode reduzir a um complexo de ações submetidas somente a leis econômicas ou sociológicas, sendo também uma expressão de uma cultura historicamente preservada e desenvolvida, como uma manifestação própria de cada lugar do mundo.

Conclusão

O ser na sociedade informacional possui uma identidade, que se manifesta em instrumentalidades e comunicação via comunidades virtuais. Assim, o atributo mencionado apresenta o indivíduo como um ator social e constrói seu significado por um atributo cultural, referências calcadas em estruturas sociais. Todo esse processo de (re)construção recebe o incremento indispensável da globalização.

Constata-se que todos os antagonismos de interesses correspondem, na verdade, aos anseios das pessoas em sua condição de investidoras, de consumidoras e, no lado oposto da guerra hermenêutica, os almejos dessas mesmas pessoas, em sua condição de cidadãs. É compreensível que a problematização da democracia é algo muito mais complexo que o simples atendimento do impulso de consumir, já culturalmente condicionado, por isso, tão fácil a irresponsabilidade nos investimentos, na transmissão de informação (*v.g.* lei 12.527/11) e no consumo e tão enleadas as atitudes democráticas mais razoáveis.

Todavia, em algum momento histórico, a cultura precisou recondicionar seus indivíduos a encontrar o equacionamento da questão, sob pena de, qual a esfinge mitológica, a questão devorar a todos. Com todo o exposto, urge que as questões do dia a dia, que raramente são conectadas a esses raciocínios macropolíticos e macroeconômicos, pela maioria da população, sejam, finalmente, entendidas, por esse mesmo público. (PAESANI, 2007).

A globalização traz em si a força de uma nova reordenação das relações mundiais. Nesse contexto, unilateralmente imposto, o discurso democrático não tem um porta-voz que o represente, tornando-se obsoleto, pois a sua proposta de diminuir as desigualdades sociais e econômicas não conseguem se impor, deficiências estas que tornam o ideal democrático inoperante.

Neste cenário, acrescente-se que “o princípio da função social não teve vida fácil. Defrontou a hostilidade do liberalismo e individualismo a que se opunha; mas foi também combatido pelo coletivismo ascendente, para o qual

representava uma estratégia para obstar à supressão pura e simples da propriedade". (ASCENSÃO, 2006, p.89). Os seus próprios discursos, carregados pelas suas próprias contradições, apresentam-se sem capacidade para entender e justificar as novas manifestações da exclusão social que acontecem mundialmente, impedindo-os de apresentar soluções realmente viáveis.

A mídia, nesse processo, deve ser transformada, também. A responsabilidade e a ética na informação são fundamentais. Como na "sociedade de massas", a opinião pública tornou-se o editorial do grande jornal, faz-se imprescindível que o grande jornal canalize, honestamente, o anseio cidadão.

REFERÊNCIAS

ARON, Raymund. **La Philosophie critique del' histoire**: essai sur une theorie allemande de l' histoire. Paris: Vrin, 1938.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais. In: **Direito de propriedade intelectual:** estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). Curitiba: Juruá, 2006, p. 85-112.

BARGLOW, Raymond. **The crisis of the self in the age of information:** computers, delphins, and dreams. Disponível em: < http://catalogo.biblioteca.iscte-iul.pt/cgi-bin/koha/opac-search.pl?q=su:Psican%C3%A1lise>. Acesso em 05 abr. 2013.

BENHAMOU, Françoise. **A economia da cultura**. São Paulo: Ateliê, 2007.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação:** a sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

GUARREIRO, Evandro Prestes. **Cidade Digital**: infoinclusão social e tecnologia em rede. São Paulo: Senac, 2006.

HÖFFE, Otfried. Visão republicana mundial: democracia na era da globalização. **Revista Trimestral de Filosofia da PUCRS (Veritas)**. Porto Alegre, v. 47, n. 04, dez., 2002.

IANNI, Otávio. **Era do globalismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

MATTELART, Armand. **História da sociedade da informação**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

MINISTÉRIO DA CULTURA. **Plano da secretaria da Economia Criativa**: políticas, diretrizes e ações, 2011 – 2014. Brasília, Ministério da Cultura, 2011.

PAESANI, Liliana Minardi. **O direito na sociedade da informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

REBOUÇAS, Fernando. **Economia criativa**. Disponível em: <http://www.economiacriativa.com/ec/pt/ec/index.asp>. Acesso em: 25 nov. 2013.

REIS, Fábio Wanderley. O nacional e o social em tempos globais. In: GERSCHMAN, Sílvia. VIANNA, Maria Lúcia Werneck (Org.). **A miragem da pós-modernidade**: democracia e políticas sociais no contexto da globalização. Rio de Janeiro: Fio Cruz, 1997, p. 43-51.

RIFKIN, Jeremy. **A terceira revolução industrial**. São Paulo: M. Books, 2012.

RITZER, George. Globalization: a new conceptualization. In**: The Globalization of Nothing**. Califórnia: Pine Forge Press. 2007, p.01-33.

ROVER, Aires J. O direito intelectual e seus paradoxos. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.).**Direito de propriedade intelectual**: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 33-38.

SILVA JÚNIOR, Ary Ramos. Globalização, Estado Nacional e Democracia: as transformações do capitalismo e seus impactos econômicos, sociais, políticos e espaciais. **Economia & Pesquisa**. Araçatuba, n. 6, mar. 2004, p. 11-25.

TOLILA, Paul. **Cultura e economia**. São Paulo: Iluminuras, 2007.

TAPSCOTT, Don. **A hora da geração digital**: como os jovens que cresceram usando a internet estão mudando tudo, das empresas aos governos. Trad. Marcello Lino. Rio de janeiro: Agir negócios, 2010.

WACHOWICZ, Marcos. A revolução tecnológica da informação: os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Direito de propriedade intelectual**: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p.39-84.

O DIREITO HUMANO DO ACESSO À ÁGUA EM RISCO:
um exemplo acerca da apropriação do recurso por empresa transnacional no Brasil

Giovani Clark[151]
Débora Nogueira Esteves[152]

Sumário: 1 - Introdução; 2 – Breve análise dos Direitos Humanos; 2.1 – O acesso à água como direito fundamental e humano; 3 – Globalização, Neoliberalismo Regulador e empresas transnacionais; 4 – A fragilização dos Direitos Humanos a partir da mercantilização da água as empresas transnacionais: um exemplo no Brasil; 5 – Considerações Finais; 6 - Bibliografia.

Resumo
O objeto do artigo é refletir a importância do recurso hídrico, enquanto bem natural, vital e jurídico, devendo ser vedado a sua mercantilização ou/e privatização, sobretudo às empresas transnacionais, a fim de não ferir mortalmente um dos direitos humanos, ou seja, de acesso à água potável, além de contrariar os ditames da Constituição brasileira de 1988. Tal direito consolidou-se no plano internacional e nacional por ser a água um dos recursos naturais fundamentais na dinâmica do planeta e à vida humana. Assim sendo, é insustentável a sua transferência ao capital internacional, pois invariavelmente impede a efetivação dos direitos humanos e fundamentais nesses tempos de neoliberalismo. A pesquisa é eminentemente documental apoiada na doutrina dos Direitos Humanos, do Direito Econômico e Constitucional, de estudos da Ciência Economia e da Geografia, tendo como referenciais teóricos: o jus economista Washington Peluso Albino de Souza, inclusive utilizando seu método analítico substancial; o economista Celso Furtado; e o geógrafo Milton Santos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Empresas Transnacionais. Água. Privatizações.

151 É doutor em Direito Econômico, professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas e docente da Faculdade de Direito da UFMG, membro do Grupo de Estudo da Fundação Brasileira de Direito Econômico (FBDE).

152 Especialista lato sensu em Administração Pública, Advogada e Geógrafa, membra do Grupo de Estudo e da Fundação Brasileira de Direito Econômico (FBDE).

Introdução

A água é um recurso natural essencial à sobrevivência de todos os seres vivos, inclusive da espécie humana. Apesar de sua imensurável importância, o reconhecimento formal do direito humano à água, no âmbito internacional, pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) somente ocorreu em julho de 2010, pela Resolução n° 64/292[153]. Após essa Resolução, em setembro de 2010 o Conselho dos Direitos Humanos emitiu a Resolução nº15/9[154], assegurando que o direito à água faz parte do direito internacional existente e confirma que tal direito está legalmente vinculado aos Estados nacionais. Assim sendo, as normativas internacionais, em comento, representa o consenso amplo por parte da comunidade internacional no sentido de promover o acesso ao recurso hídrico como um dos direitos humanos. Ambas as Resoluções possibilitaram assim a ampliação da discussão acerca do tema.

Para a efetivação do direito humano à água são necessárias políticas públicas dos Estados, embasadas em marcos normativos de direito, que atendam realmente às realidades nacionais e locais, com intuito de melhorar a vida no planeta e não de dilatar a lucratividade dos oligopólios empresariais comandantes dos mercados.

Seguindo as normas internacionais de direitos humanos[155], o controle territorial das fontes e corpos d'água deve respeitar o direito humano de acesso físico e financeiramente a água, além da garantia de sua quantidade e qualidade (IPEA, 2015, p. 11-12).

A intensificação do processo de "globalização" tem colocado em risco o direito fundamental do acesso à água, principalmente em nações mais vulneráveis do ponto de vista socioeconômico. Pois, o capital, sobretudo por intermédio de suas empresas transnacionais, deseja (cada vez mais) transformar o referido recurso natural, vital, finito e estratégico em uma mercadoria, somente acessível a aqueles que podem pagar pela água (financeirização da natureza). Tudo dentro de uma lógica mercadológica, ditado

153 "Pela primeira vez, esta Resolução da ONU reconhece formalmente o direito à água e ao saneamento, reconhece que a água potável limpa e o saneamento são essenciais para a concretização de todos os direitos humanos. A Resolução apela aos Estados e às organizações internacionais que providenciem os recursos financeiros, contribuam para o desenvolvimento de capacidades e transfiram tecnologias de modo a ajudar os países, nomeadamente os países em vias de desenvolvimento, a assegurarem água potável segura, limpa, acessível e a custos razoáveis e saneamento para todos" Disponível em http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones_por.pdf.

154 Essa Resolução também afirma que os Estados devem desenvolver ferramentas e mecanismos adequados para alcançarem, gradualmente, a concretização integral das obrigações em termos de direitos humanos relacionadas com o acesso a água potável segura. Disponível em: http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones_por.pdf.

155 São alguns exemplos de normas internacionais, referentes ao tema hora trabalhado: a Resolução da ONU nº64/292, Resolução do Conselho dos Direitos Humanos da ONU nº 15/9, Comentário Geral nº 15 do Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf.

pelo neoliberalismo de regulação, agora de austeridade, onde o poder econômico privado impõe a supremacia de seus interesses e ganhos, em detrimento da dignidade humana e do desenvolvimento sustentável.

No século XXI, as transnacionais são empresas com grande poderio econômico, político e tecnológico, assemelhando-se com poderes de um Estado nacional, e deste modo, elas possuem forças para destruir nações, ditar padrões de consumo e de cultura, ou ainda controlar recursos naturais pelo mundo, inclusive a água.

Em um contexto de concentração de capital e de poderes instale-se a hegemonia das corporações transnacionais, resultando invariavelmente na violação dos comandos constitucionalmente nacionais. Obviamente, as democracias contemporâneas têm sido minimizadas, principalmente pelo desvirtuamento das atuações socioeconômicas estatais diante do poder do setor privado fortalecido. A atual gestão das águas, sob influência/sugo das empresas transnacionais (alguns casos), é um dos claros exemplos de abalo da soberania econômica estatal e do acesso democrático ao recurso hídrico, inclusive no Brasil[156].

O objeto do artigo é refletir a importância do recurso hídrico, enquanto recurso natural, vital e jurídico, devendo ser vedado a sua mercantilização ou/e privatização, sobretudo às empresas transnacionais, a fim de não ferir mortalmente um dos direitos humanos, digo, de acesso à água potável, além de contrariar os ditames da Constituição brasileira de 1988.

A pesquisa é eminentemente documental apoiada na doutrina dos Direitos Humanos, do Direito Econômico e Constitucional, de estudos da Ciência Economia e da Geografia, tendo como referenciais teóricos: o jus economista Washington Peluso Albino de Souza, inclusive utilizando seu método analítico substancial; o economista Celso Furtado; e o geógrafo Milton Santos.

Breve análise dos Direitos Humanos

Ao longo da história diversos atos atentatórios à dignidade humana foram registrados em decorrência da sobreposição dos interesses múltiplos, na busca pelo poder e riqueza, em detrimento dos valores humanos. Diante

156 As diferenças entre as classes ricas, trabalhadores e miseráveis são gigantescas em nações em desenvolvidos, desse modo quando o Brasil se submete aos anseios de organizações internacionais, com objetivos alheios dos ditames da Constituição de 1988 significa a violação da nossa Lei Maior. O professor e jurista Giovani Clark já alertava, em 2008, acerca desses poderes violadores da Constituição "No Brasil, a quinta maior população da terra, o genocídio é implementado através das ditas políticas econômicas, norteadas pelos interesses das elites econômicas internacionais com o beneplácito das nacionais, desvinculadas dos ditames da Carta Magna de 1988".(CLARK, 2008a, p. 37)

inúmeras injustiças surgiram teorias e movimentos sociais revindicativos exigindo o reconhecimento e a construção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

> [...] Grandes filósofos políticos reafirmaram a existência dos direitos fundamentais da pessoa humana, sobretudo os direitos à liberdade e à igualdade, mas dando como fundamento desses direitos a própria natureza humana, descoberta e dirigida pela razão[...](DALARI ,2008, p. 10).

Entretanto a consolidação dos Direitos Humanos, no cenário mundial, ocorreu em meados do século XX, sobretudo após a segunda guerra mundial, com o surgimento do sentimento generalizado de indignação às atrocidades executadas, sobretudo pelo Estado Nazista[157]. Nesse panorama desolador, a comunidade internacional uniu-se para elaborar alternativas cujo objetivo era evitar a repetição de eventos como os ocorridos no período do segundo conflito bélico internacional, instituindo oficialmente, em 1945, as Organizações das Nações Unidas (ONU). Assim "iniciou-se um trabalho visando à criação de um novo tipo de sociedade, formada por valores éticos e tendo a proteção e promoção da pessoa humana como seus principais objetivos" (DALARI, 2008, p. 11).

A proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, através da Resolução 217 A(III)[158], pela Assembleia Geral da ONU, é considerada um marco histórico, pois além da ampla adesão voluntária dos Estados, proclamou princípios fundamentais enquanto direitos humanos "fundando uma nova concepção de convivência humana, vinculada pela solidariedade" (DALARI, 2008, p. 11). Sendo assim, a citada Declaração inovou, ainda, ao fixar que os direitos humanos são universais indivisíveis.

Nas sociedades democráticas contemporâneas os direitos humanos ganharam *status* norteador, tanto para legitimar os Estados nacionais, tanto para influenciar as reivindicações das populações. Visto que diversas Constituições adotaram o princípio oriundo da Declaração Universal de 1948 que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos", integralizando assim os direitos humanos no ordenamento jurídico

157 A "Era Hitler" foi marcada por genocídios, torturas e violência desregrada (BARBOSA, 2008, p. 34).

158 "A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento marco na história dos direitos humanos. Elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, a Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de Dezembro de 1948, através da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Ela estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos"(ONU Brasil, 2016) Disponível em: http://www.dudh.org.br/declaracao/.

de muitas nações. De acordo com FERNANDES (2009, p. 15), a efetivação dos direitos humanos se dá quando cada cidadão tem acesso aos meios necessários para o exercício de suas liberdades fundamentais.

Impende ressaltar que o conceito contemporâneo de direitos humanos é uma "unidade indivisível, interdependente e interrelacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam" (PIOVESAN, 2006, p. 13). Todavia, dependem de lutas sociais a de fim implementa-los no plano legal e na realidade prática.

Portanto, os direitos humanos são oriundos das disputas civilizatórias, desta maneira estão sujeitos às modificações, ampliações e restrições contínuas. Ademais, agrega vários tipos de proteção devido à complexidade de fatores que podem afrontar a proteção da condição e da dignidade da pessoa humana.

Importante salientar que há diferença conceitual entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. A doutrina predominante acerca do tema afirma que eles se diferenciam somente pelo plano de sua positivação. Sendo assim, as normas jurídicas exigíveis no plano interno do Estado equivaleriam aos direitos fundamentais, já as normas jurídicas exigíveis no plano do direito internacional seriam aos direitos humanos "positivados nos instrumentos de normatividade internacionais", como os tratados e convenções internacionais (FERNANDES, 2014 p. 307).

Entre nós, os Direitos Humanos consagrados na plano internacional foram incorporados aos comandos da Constituição brasileira de 1988, devidos as lutas sociais, em inúmeros artigos, transformando assim em Direitos Fundamentais, dentre eles: a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (art.1, III da CR); a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a garantia do desenvolvimento nacional, enquanto um dos objetivos fundamentais da Republica brasileira (art. 3, I e II da CR); o direito à vida e à saúde como direitos individuais e sociais da população (Art. 5, Caput e 6 da CR). E ainda, o direito de todos ao meio ambiente equilibrado, enquanto bem de uso comum da população e essencial à sadia qualidade de vida (art. 225, Caput da CR). Logicamente, a água é um bem natural essencial e estratégico aos homens e aos seus processos produtivos, sendo enquadrada o seu acesso como um dos direitos fundamentais[159] pela nossa Lei Maior, já que sem ela não existe vida nem saúde.

159 Paulo Bonavides (2004, p.561) explica que os direitos fundamentais são condições para construção e o exercício de todos os demais direitos previstos no Ordenamento Jurídico interno.

2.1 O acesso à água como direito fundamental e humano

No plano jurídico internacional e nacional (constitucional) reconhecer a água como bem de todos e essencial à vida, a saúde e a dignidade humana é um passo crucial para democratiza-la na realidade prática dos povos. Todavia, as lutas sociais devem ser constantes e diuturnas por esse recurso natural, já que mais difícil que a vigência das normas legais é a sua.

> reconhecimento normativo formal de um direito é o primeiro passo para a sua proteção, mas não será efetivo sem que haja um efetivo esforço dos governos e das sociedades para que esse reconhecimento formal se transforme em ações capazes de garantir o direito reconhecido para todos. No que se refere à água, o seu reconhecimento como um direito humano fundamental é um fenômeno relativamente recente e ainda carente de contornos bem definidos (AITH; ROTHBARTH, 2015, p. 164).

A água é um recurso natural fundamental à dinâmica vital do planeta, imprescindível à manutenção da vida humana e das demais formas de vida. Sabe-se que há uma forte ligação entre indicadores de desigualdades sociais com o acesso de qualidade da água e a relação direta ou indireta da água com patologias, além da sua influência nas taxas de mortalidades, sobretudo a infantil, em nações em desenvolvidos[160]. Nessa perspectiva, *Giana Diesel Sebastiany (2012, p. 34) afirma que, os indicadores referentes à qualidade de vida, como promotores de saúde, por exemplo, dependem de políticas públicas que promovam o acesso à diversos direitos, sendo um deles o direito de acesso à água.*

Devido sua imensurável importância, a água revela ser um bem difuso de uso comum da humanidade, cujo direito é transindividual, de natureza indivisível e de titularidade indeterminada (SILVA e VILAS BOAS, 2013, p. 142-143). Contudo, como versamos anteriormente, o reconhecimento da água como um direito humano e fundamental e a edição de legislações protetivas do acesso qualitativo são conquistas mais recentes, inclusive no Brasil.

O jurista ambientalista nacional, Paulo Machado (2014, p. 507) faz uma reflexão da água como direito humano e essencial, pois o acesso quantitativo e qualitativo da água é condição fundamental à qualidade de vida humana:

160 O acesso à água potável tem efeitos diretos na efetivação dos direitos humanos que vão desde a redução da mortalidade infantil à saúde materna, passando também pelo combate às doenças infecciosas, pela redução de custos sanitários e pelo meio ambiente (MELO e MARQUES, 2014, p. 66).

> O acesso individual à água merece ser entendido como um direito humano universal, significando que qualquer pessoa, em qualquer lugar do planeta, pode captar, usar ou apropriar - se da água para o fim específica de sobreviver, isto é, de não morrer pela falta d'água, e, ao mesmo tempo, fruir do direito à vida e do equilíbrio ecológico (MACHADO, 2014, p. 507).

No Brasil existem divergências doutrinárias acerca da natureza jurídica da água, se é um bem: privado, público ou difuso. O presente estudo coaduna com a doutrina que entende que a água é um bem de natureza jurídica de direito difuso. Pois, como afirma Silva e Vilas Boas (2013, p. 142-143) "Trata-se de um bem que apresenta como um direito transindividual, de natureza indivisível, cuja titularidade é indeterminada", deste modo a "água não integra o patrimônio do Poder Público, este é apenas o seu gestor no interesse de todos". Ensina nesse sentido Paulo Machado:

> A Constituição, em seu art. 225, deu uma nova dimensão ao conceito de meio ambiente como bem de uso comum do povo. Não elimina o conceito antigo, mas o amplia**. Insere a função social e a função ambiental da propriedade (arts. 5º, XXIII, e 170, III e VI) como bases da gestão do meio ambiente, ultrapassando o conceito de propriedade privada e pública**. O Poder Público passa a figurar não como proprietários de bens ambientais – das águas e da fauna -, mas como um gestor ou gerente, que administra bens que não são dele e, por isso, deve explicar convincentemente sua gestão. A aceitação dessa concepção jurídica vai conduzir o Poder Público a melhor informar, a alargar a participação da sociedade civil na gestão dos bens ambientais e a ter que prestar contas sobre a utilização dos bens "de uso comum do povo", concretizando um "Estado Democrático e Ecológico de Direito" (arts. 1º,170 e 225) (MACHADO, 2011, p. 137 grifo nosso).

Entendemos, a partir da Constituição de 1988, que a água passou a ter natureza jurídica de bem difuso, sendo ela um bem inalienável, e cabe ao poder público a função de gerir socialmente os recursos hídricos. Ao fazer tal analise constitucional sistêmica e aberta, pode-se inferir que o art. 20, inciso III e art. 26, inciso I da nossa Lei Maior, não estabelece uma divisão da titularidade da água, mas está, na realidade, distribuindo a competência de gestão do dito recurso natural vital. Ademais, o art. 21, inciso XVIII da Constituição reforça o entendimento de que aos Poderes Públicos, nesse caso a União, cabem a titularidade da gestão (função) dos recursos hídricos.

A nossa legislação infraconstitucional, positivando a Política Nacional de Recursos Hídricos, criou o Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos, através da Lei Federal nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Tal diploma legal regulamenta o art. 21, inciso XIX da Constituição brasileira, disciplinando os usos das águas brasileiras[161]. Denominada como Lei das Águas tem como principal objetivo promover a disponibilidade hídrica e a utilização racional e integrada da água para atual e às futuras gerações (PORTAL BRASIL, 2010)[162]

Logicamente, a falta de acesso à água potável inviabiliza a efetivação de diversos direito constitucionais, como: à prevalência dos Direitos Humanos (art. 4, II da CR); à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança (art. 5, caput da CR); à saúde (art. 6 da CR); à existência digna (art. 170, caput da CR); o direito de todos ao meio ambiente equilibrado (art. 225, Caput da CR); entre outros.

No âmbito Internacional, reforçando, o acesso à água foi reconhecido como um dos direito humano, oficialmente em 28 de julho de 2010, por meio da Resolução 64/292 aprovada pela Assembleia Geral da ONU assegurando que "[...]o direito à água potável e ao saneamento é um direito humano essencial para pleno aproveitamento da vida e de todos os direitos humanos".

> devem respeitar (gozo do direito à água), proteger (impedindo que terceiros, como as corporações, interfiram no gozo ao direito à água) e cumprir (adotando as medidas necessárias para alcançar a plena realização do direito à água). (AUGUSTO *et al*., 2012, p. 1514).

O desequilíbrio do acesso à água poderá ser uma das principais fontes de conflitos do século XXI. Relatório da ONU sobre o desenvolvimento da água 2015, lançado em 20 de março em Nova Deli (Índia)[163], fez projeções sombrias, acerca da escassez hídrica, prevendo que até o ano de 2030 o planeta enfrentará déficit de água de 40%, se continuarmos com a atual gestão do dito recurso vital (Unesco, 2015). A diretora-geral da UNESCO Irina Bokova afirma:

> Os recursos hídricos são um elemento-chave nas políticas de combate à pobreza, mas por vezes são ameaçados pelo próprio desenvolvimento. A água influencia diretamente o nosso futuro, logo, precisamos mudar a forma como avaliamos, gerenciamos e usamos esse recurso,

161 A Lei 9.433/97 trata da Outorga de direito de uso de Recursos Hídricos, na Seção III. A redação do artigo 11 afirma que o objetivo do plano de uso da água deve assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água.

162 http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2010/10/lei-das-aguas-assegura-a-disponibilidade-do-recurso-no-pais

163 http://www.unesco.org/new/pt/brasilia/about-this-office/single-view/news/urgent_need_to_manage_water_more_sustainably_says_un_report/#.V0Uiqb6FFFc

> em face da sempre crescente demanda e da superexploração de nossas reservas subterrâneas. Esse é o apelo feito pela edição mais recente do Relatório Mundial das Nações Unidas sobre Desenvolvimento de Recursos Hídricos. As observações do Relatório são oportunas, porque a comunidade internacional precisa elaborar um novo programa de desenvolvimento para substituir os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (UNESCO, 2015, p. 1).

Destaca-se que garantir o acesso ao recurso hídrico de qualidade é um grande desafio, merecendo ser tratado pela lupa dos direitos humanos, pois além de ser um recurso natural finito, enquanto potável, é mal distribuído geograficamente.

> Atualmente, a água doce está distribuída de forma desigual no planeta, tanto entre os tipos de mananciais, como entre as regiões e intraregionalmente. Apenas 0,3% da água doce estão em mananciais superficiais e cerca de 30% no subsolo, e a maior parte, cerca de 70%, está em geleiras.(AUGUSTO et al., 2012, p. 1513).

O Brasil está entre as nações com maior abundância em água doce no mundo, dados apontam que no território brasileiro concentre aproximadamente 16% do volume total de água potável do planeta (BORBO e ALMEIDA, 2006, p. 15), chamando atenção das grandes potências econômicas, sobretudo das suas empresas transnacionais, inclusive sendo notório o desequilíbrio na distribuição hídrica nacional, do ponto de vista espacial:

> [...] a distribuição dos recursos hídricos ocorre de forma bastante desigual no território nacional. Os extremos são os casos da Amazônia, que abriga 70% da água doce superficial e onde vivem 10% dos brasileiros, e a região hidrográfica do Atlântico Nordeste Oriental, na qual se localiza a maior parte do Semiárido brasileiro, que apresenta uma vazão per capita de 1.145 m^3 ano, abaixo do limiar de estresse hídrico, com prejuízos para 10% dos cidadãos dessa região. (CONSEA, 2014, p.1).

Assim sendo, o controle territorial das fontes e corpos d'água deve respeitar o direito humano e fundamental do acesso à água potável, englobando diversos aspectos que vão desde a quantidade ideal de água disponível para cada pessoa estipulada pela OMS[164]; à qualidade da água, que deve ser livre de substâncias químicas ou radioativas; além do amplo acesso físico e econômico à água, independentemente da condição financeira das pessoas.

164 "De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), são necessários entre 50 a 100 litros de água por pessoa, por

Em virtude dos fatos mencionados acima, observa-se a necessidade de uma gestão pública e social dos mananciais hídricos à luz das necessidades dos povos e das nações, com vistas à efetivação do direito humano de acesso à água potável. Corroborando com esse pensamento August *et a.l* (2012, p. 1514) afirmam que a transferência da água para grandes conglomerados econômicos e industriais afetam o acesso aos mananciais de interesse para o consumo humano e o conjunto do processo produtivo. Dessa forma, a crescente privatização e mercantilização desse recurso natural às empresas transnacionais, dando a elas acesso privilegiado à água, em detrimento dos imperativos de vida de digna e saudável, viola mortamente os direitos fundamentais e humanos.

3 Globalização, neoliberalismo regulador e empresas transnacionais

A "globalização" é um processo que coloca a sociedade mundial em 'rede", em uma suposta integração econômica, social, cultural e política. Tal processo foi amplamente influenciado pelos avanços tecnológicos e pela difusão de ideias (geralmente única) e conhecimento (prefixado) em escala mundial (DIAS, 2004, p. 138).

O saudoso geógrafo Milton Santos (2013, p. 23) definiu "globalização" como o auge do processo de intenacionalização do mundo capitalista. Ao interpretar o processo de "globalização" o citado geógrafo (SANTOS, 2013, p. 9) revela a existência de uma "aldeia global", diminuindo as distâncias, onde as pessoas interagem em um único mundo sem fronteiras (supostamente). Deste modo, o mundo "globalizado" proporciona uma dualidade de experiência aos seres humanos: de um lado, as vantagens do desenvolvimento tecnológico, social, econômico; do outro, as desvantagens da perversidade do capitalismo, dilatação de problemas socioeconômicos, a separação e descriminação das classes sociais, além da elevação da miséria/pobreza e intensa/extrema concorrência.

> A concorrência atual não é mais a velha concorrência, sobretudo porque chega eliminando toda forma de compaixão. A competitividade tem a guerra como norma. Há, a todo custo, que vencer o outro, esmagando-o, para tomar seu lugar. Os últimos anos do século XX foram emblemáticos, porque neles se realizaram grandes concentrações, grandes fusões, tanto na órbita da produção como na das finanças e da informação. Esse movimento marca um ápice do sistema capitalista, mas

dia, para assegurar a satisfação das necessidades mais básicas e a minimização dos problemas de saúde". Disponível em: <http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf>.

> é também indicador do seu paroxismo, já que a identidade dos atores, até então mais ou menos visível, agora finalmente aparece aos olhos de todos.(SANTOS, 2013, p.23).

De acordo com Ferreira (2006, p. 5), a gênese da "globalização" está relacionada à expansão tecnológica, aliada à nova ordem mundial "pós--guerra fria". Nesse novo cenário surge a "abertura das fronteiras" de modo à integralizar/subordinar diferentes Nações/Estados, sobretudo do ponto de vista "econômico", fortalecendo o capitalismo financeiro comandado pelas empresas transnacionais.

Tempos de implantação do neoliberalismo de regulação globalizado (CLARK, 2008b, p. 106), onde diversas atividades econômicas estatais e serviços públicos (água por exemplo) foram transferidos ao setor privado, em nome de uma suposta eficiência empresarial e da dita economia de recursos públicos, fixando-se novos marcos jurídicos regulatórios. Na realidade tal ideário, regulador globalizante, não passa de uma apanágio para aumentar o poder e os ganhos de empresas, principalmente das transnacional (AVELÃS NUNES, 2012, p. 20-21). Ensina, ainda, Paulo Nogueira Batista Junior:

> A ideologia da "globalização" funciona, além disso, como conveniente cortina de fumaça. Governos medíocres, como o brasileiro, têm-se servido da "globalização" para isentar-se de responsabilidade por tudo de negativo que acontece na economia, transferindo-a para o âmbito de forças supranacionais fora do seu controle. Se aumenta o desemprego, por exemplo, logo aparece quem se disponha a atribuir o fenômeno à "globalização". Se empresas nacionais são absorvidas por grupos estrangeiros, a explicação é imediata: são as exigências da competição em uma economia "globalizada". Se o país aparece como vulnerável a turbulência financeira externa, a culpa é da instabilidade dos mercados financeiros "globais". A "globalização" virou pau para toda obra. É desculpa para tudo e desfruta, além disso, da imortal popularidade de explicações que economizam esforço de reflexão (BATISTA JR., 2005, p. 70-71).

Assim, o papel dos Estados sofreu modificações profundas com o fim da guerra fria, nas últimas 2 (duas) décadas do século passado (século XX), as economias nacionais (em desenvolvimento) ficam fortemente subordinados e frágeis, perante as nações desenvolvidos e suas empresas transnacionais, em nome de uma fantasiosa sociedade global, mas, na realidade, ela é excludente, consumista e destrutiva, comandada pela onda neoliberal reguladora,

onde a centralidade das vidas são os mercados oligopolizados[165]. Ensina o Prof. Washington Peluso Albino de Souza, sobre o neoliberalismo, inclusive quanto a sua faceta reguladora:

> A realidade histórica, como se sabe, jamais registrou alguma forma ideológica "pura". Daí a evolução da ideologia capitalista, com a absorção de elementos da socialista, configurando um modelo híbrido, com extremos opostos e que se concretiza num processo "pendular" de aproximações com tendências ora para um ora para outro extremo, ao qual podemos aplicar o raciocínio "marginalista". A esse "tipo" se costuma traduzir por "Estado Mínimo", com a mínima participação do poder econômico do Estado, seguindo "tendência" na direção negativa para a "margem" ou "limite", no Liberalismo "puro". Na posição oposta, estaria o "Estado Máximo", com "tendência" na direção positiva para as margens, ou o limite extremo, do Socialismo. Ao modelo composto e, por isso, com elementos de ambos, porque simbiótico, se passou a denominar Neoliberalismo. Sua estrutura é construída à base da anteposição Estado *versus* Mercado, com preferência para este, porém sem abolir aquele. Correspondendo a esse esquema, concentra o seu apoio na livre concorrência e na restrição às modalidades de ação econômica do Estado. Dentre estas, revela maior tolerância para a "Regulação", e maior restrição para a "Regulamentação" e para o "Planejamento" (SOUZA, 2005, p. 314-315).

Nesse contexto, que as empresas transnacionais ganham poder, sendo de modo geral um dos principais motores do capitalismo financeiro pós-moderno. Aquelas possuem extraordinário poderio financeiro, político, midiático, ditam hegemonicamente a "globalização" dos processos produtivos, acumulando renda e concentrando de capitais, e logicamente violando os direitos humanos.

> As empresas transnacionais, fenômeno mundializado, têm incrível poder econômico, grande poder político e estrutural. Respaldadas por Estados e pelas organizações internacionais multilaterais **na busca pela maximização dos lucros e minimização dos prejuízos**, atuam por meio de coerção física e moral, cooptação e indução. Elas podem ser apontadas, ao lado dos Estados nacionais, seguramente,

165 Pós guerra que ocorreu a transformação da empresa privada, que outrora era direcionada ao mercado interno, ao engajamento do comércio internacional. Essas empresas vislumbraram mercados mais amplos com fontes de matéria prima ou de mão de obra de baixo custo. Surge uma "nova modalidade de organização com feição multinacional" (MAGALHÃES,2005, p. 185-186).

> como os principais entes violadores de Direitos Humanos no mundo, verdadeiros obstáculos na luta social (PRIOSTE; HOSHINO, 2009, p. 11 - **grifo nosso**).

De acordo com Beck (1999, p. 30) o significado de "globalização" está relacionado também à interferência das empresas transnacionais na soberania econômica, identidade, cultura, padrão tecnológico e no processo produtivo dos Estados nacionais na pós-modernidade reguladora. Ou seja, elas impõem na pratica como será da intervenção estatal no domínio econômico (SOUZA, 2005, p. 316), mais precisamente, de redução/minimização do Estado Empresário (intervenção direta) e de flexibilização da normas estatais (intervenção indireta) em prol da capital; operando, paralelamente, a concentração de empresas, em escala internacional, buscando a dilatação dos lucros e do poder. Acrescenta o jus economista lusitano Avelãs Nunes quanto as empresas transnacionais:

> Nesse conjunto de empresas, detetaram mais de 600 mil participações diretas e mais de um milhão de participações indiretas no capital de outras empresas. De entre elas, apuraram um núcleo constituído pelas 1318 mais poderosas empresas transnacionais, que representam diretamente 20% do rendimento global.
> Uma análise mais fina permitiu-lhes concluir que cada uma destas empresas tem, em média, participações no capital de20 outras grandes empresas, o que permite a este grupo de 1318 empresas transnacionais deter ou controlar, em conjunto, cerca de 60 % da economia mundial (AVELÃS NUNES, 2012, p. 30).

A definição de empresa transnacional de acordo com Mello (2000, p. 105) "são empresas que atuam além e através das fronteiras estatais". Já Luiz Baptista (1987, p. 17) compreende que as empresas transnacionais são formadas por "um complexo de empresas nacionais interligadas entre si, subordinadas a um controle central unificado e obedecendo a uma estratégia global".

Para Elaine Freitas Fernandes Ferreira (2015, p. 214) as ditas empresas transnacionais são institutos autônomos que estabelecem suas estratégias e organizam sua produção em bases internacionais. Ela faz, ainda, uma distinção entre empresa transnacional e multinacional: "O que as distingue é o fato de que a multinacional faz-se entender que pertence a muitos países, enquanto, que a transnacional, sai buscando pelo mundo um lucro que tem uma finalidade específica: o país de origem da empresa (FERREIRA, 2015, p. 214)."

As empresas transnacionais penetraram nas nações de economia periférica a partir da década de 1950 (FURTADO, 1981, p. 45). O tipo de capitalismo executado no Brasil, dependente, enquanto nação em desenvolvimento, contribuiu para a inserção daquelas em nossa território, alargando a fragilidade tecnológica e financeira nacional, transforma-nós em uma colônia pós-moderna (CLARK, 2008a, p. 37), ganhando elas espaços e poderes no cenário produtivo brasileiro. Elucida Celso Furtado:

> [...] traços característicos da industrialização periférica: a primazia da tecnologia do produto e a subutilização de capacidade produtiva, ou deseconomias de escala. Graças a estes dois traços, as grandes empresas centrais – o que veio a chamar-se de empresas transnacionais – assumiram um papel dominante na industrialização periférica [...] (FURTADO, 1981, p. 43-44).

Por fim, Milton Santos (1997, p. 139), também alertava acerca das consequências oriundas da "globalização", pois tal processo "agrava as crises urbanas e, ampliando o fenômeno da escassez (água), aumenta a pobreza e a miséria e estimula a violência.". Deste modo, nessa era de "globalização" e privatização da água, a atuação das empresas transnacionais pelo mundo, principalmente as nações em desenvolvidos como o Brasil, resultam invariavelmente na violação dos direitos humanos constitucionalizados (fundamentais).

4 A fragilização dos Direitos Humanos a partir da mercantilização da água as empresas transnacionais: um exemplo no Brasil

Como foi tratado nos tópicos anteriores, os recursos hídricos possuem grande importância em diversos aspectos (social, político e econômico), além disso, é um recurso indispensável à manutenção e continuidade das vidas humanas e dos processos produtivos.

Entretanto, tal fundamental direito vendo sendo afrontado, visto que os mananciais hídricos estão sendo gradativamente privatizados às empresas transnacionais, com imensurável poder econômico e político (financeirização da natureza). Nesse sentido, Priostre e Hoshino (2009, p. 11) afirmam que o modelo econômico atual é "implementado no interesse das transnacionais e do sistema financeiro" e para eles os sistemas jurídicos nacionais e internacionais estão postos para beneficiar as empresas e não os consumidores, ou seja, a coletividade.

O processo de privatização dos mananciais hídricos foi ditado pelo Banco Mundial, Banco Interamericano de Desenvolvimento e pelas agências multilaterais, a partir da década de 1980, implementando pelo neoliberalismo de regulação (SOUZA, 2005, p. 331; CLARK, 2008b, p 106). Então, a partir das últimas duas década do século passados, as empresas transnacionais ampliaram sua dominação sobre os recursos hídricos potáveis, com o objetivo de obter um "mercado mundial" de água "quer utilizando navios, bolsas gigantes puxadas por rebocadores, canais ou aquedutos para grandes demandas e distâncias, quer para o mercado de água engarrafada (AUGUSTO et al., p. 1514)".

De acordo com Ninis (2006, p. 28) o mercado hídrico é mundialmente dominado por grandes empresas transnacionais como: Nestlé, Dannone, Coca-Cola e Pepsi, movimentando aproximadamente UR$40 bilhões por ano.

Dados trazidos por Borbo e Almeida (2006, p. 15) apontam também o empoderamento da água pelas empresas transnacionais. Eles afirmam que tais empresas possuem fortes laços com bancos e políticos em suas noções de "origem" preponderando o mercado de água mundial.

> O que impressiona nesses dados é que, entre as 10 maiores empresas (multinacionais) que dominam o mercado da água no planeta, todas são originárias — têm como país-sede grandes potências mundiais — como França, Inglaterra, EUA e Alemanha, que não possuem grandes reserva hídricas em seus territórios. Países como o Brasil, já são alvos dessas multinacionais (BORBO; ALMEIDA, 2006, p. 15).

Os autores por Borbo e Almeida (2006, p. 18) revelam, ainda, que a problemática acerca dos recursos hídricos cria um "novo colonialismo", em que grandes corporações se apoderam da água potável (doce) ao redor do mundo e a transforma em uma *commoditty*, ou seja, um recurso natural, vital , indispensável e de uso comum da sociedade passa a ser uma mercadoria, "e a vendem principalmente para os mercados de exportação, negociando até na Bolsa de Valores, ao invés de atenderem as necessidades locais ou aos próprios mercados locais (BORBO e ALMEIDA, 2006, p. 18)."

Exemplo emblemático acerca do risco da privatização dos recursos hídricos no Brasil é a concessão de exploração da água mineral (envase), para a empresa transacional Nestlé (Nestlé Waters). A referida transnacional tornou-se proprietária da Companhia de Águas de São Lourenço (Minas Gerais), em 1992, e em decorrência disso adquiriu o direito de posse do Parque de Águas na cidade de São Lourenço, considerado um dos mais ricos e diversificado em águas minerais. Contudo, segundo Alessandra Bortoni

Ninis (2006, p. 6-7), o Ministério Público, ajuizou uma primeira ação civil pública, em 2001, n. 637.0101255-6, alegando ilegalidade na exploração das fontes dominadas pela referida transnacional. Apesar de ter existido um acordo judicial, a Nestlé não o cumpriu e uma nova ação civil pública foi aberta em 2013[166] em face da também de exploração depredatória.

Em sua dissertação de Mestrado Alessandra Bortoni Ninis (2006, p. 6-7), no Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Sustentável da Universidade Nacional de Brasília (UnB), elenca as principais acusações do Ministério Público, na ação civil pública ajuizada em 2001:

> (i) **destruição da Fonte Oriente** (conhecida como "Gasosa"), a mais antiga, erguida em 1892, **para dar espaço à ampliação da unidade fabril**; (ii) **secamento da fonte de água "Magnesiana**", a mais procurada e consumida pelos visitantes; (iii) superexploração do Poço Primavera, de onde a Nestlé retirava a matéria-prima da água Pure Life; (iv) **a unidade fabril foi expandida fisicamente em 300%, sem a observância estrita dos procedimentos administrativos públicos e sem licenciamento ambiental**; (v) uma muralha de mais de quatro metros de altura foi construída, também sem licenciamento, em volta da nova fábrica, com estacas de concreto que avançam até 7 metros no solo; (vi) um poço de grande vazão (Poço Primavera), de 153 metros de profundidade, foi perfurado, sem autorização do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM); passou mais de um ano jorrando, sem uso. A água, muito especial, foi considerada pelo próprio DNPM "a mais mineralizada até agora descoberta no país", mas o seu altíssimo teor de ferro tornava-a imprópria para embalagem e consumo; (vii) essa água mineral com elevado teor de ferro passou a ser usada, ilegalmente, pela Nestlé, após a retirada de todos os elementos e compostos minerais, para a produção da água Pure Life, que é do gênero "água comum adicionada de sais". As leis brasileiras proíbem o uso de águas minerais para a fabricação desse gênero de água; (viii) as fontes do Parque vêm apresentando redução de pressão e de volume de saída da água.

A comunidade local, por mais de uma década e meia, tem se articulado diante da gravidade da questão e da importância das águas minerais para a microrregião, na busca de respostas para a escassez das fontes de água mineral no Parque das Águas da cidade de São Lourenço. É perceptível o poder nefasto da empresa transnacional (Nestlé) sobre o território

166 https://aguasdesaolourenco.wordpress.com/tag/nestle/

explorado. Toda peculiaridade econômica, cultural, social e turística da micro região foi transformada negativamente por ações mercadológica realizadas pela transnacional.

As ações atentatórias da Nestlé Waters em São Lourenço, no Estado de Minas Gerais, ilustra a reflexão de Ferreira (2015) acerca das empresas transnacionais e sua capacidade de minar/paralisar as competências do Estado e ainda de cooptá-lo:

> Frequentemente, algumas empresas atingem um nível de acumulação de capitais com dimensões que tornam-se simplesmente mais poderosas que muitos Estados nacionais, passando a influenciar pesadamente no desempenho desses Estados. Daí conclui-se que o problema de constituir um corpo de normas cogentes encontra respaldo na força política e econômica das corporações (FERREIRA, 2015, p. 216).

Contudo, o saudoso Prof. Washington Peluso Albino de Souza (2005, p. 27-28) enfatiza o importante papel do Direito Econômico no que se refere à implementação dos direitos individuais e sociais, pois através de políticas publicas (socioeconômicas e ambientais), um dos objeto do referido ramos do direito, o Estado brasileiro deve colocar em pratica os princípios ideológicos adotados definidos no texto constitucional (SOUZA, 2005, p. 28.), buscando a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento e a soberania nacional. Portanto, quando o acesso da água fica, cada vez mais, restrito e nas mãos das empresas transnacionais (como no caso acima), cujo seus interesse é a obtenção do lucro, e não de uma sociedade justa e distributiva (onde o acesso à água potável seja democrático e sustentável), dentro de um modelo produtivo constitucional plural (CLARK, CORRÊA, NASCIMENTO, 2013), existe uma violação grave dos ditames da Lei Maior brasileira de 1988 e das normas infraconstitucionais, como a Lei 9.433/97.

Ademias, a mercantilização e privatização da água gera uma assimetria de poder, como afirma AUGUSTO *et al.*(2012, p. 1515) , comprometendo o direito à água, bem como o acesso à informação de dados necessários a sua gestão pública e social, e consequentemente coloca em risco os direitos humanos e fundamentais. É impensável, em uma nação em desenvolvimento, de demissões continentais e com população numerosa, como o Brasil, a capitação, o tratamento e a distribuição de água potável ficar nas mãos de empresas transnacionais. Seria a liquidação da soberania nacional e a inviabilização do desenvolvimento sustentável com dignidade humana. Alias, acontecimento não muito diferente da continua e trágica história da America Latina.

> Essa triste rotina de séculos começou com o ouro e a preta, e seguiu com o açúcar, o tabaco, o guano, o salitre, o cobre, o estranho, a borracha, o cacau, a banana, o café, o petróleo... O que nos legaram esses esplendores? Nem herança nem bonança. Jardins transformados em desertos, campos abandonados, montanhas esburacadas, águas estagnadas, longas caravanas de infelizes condenados à morte precoce e palácios vazios onde deambulam os fantasmas (GALEANO, 2015, p. 5-6) .

O exemplo da privatização e mercatização das águas minerais de São Lourenço é igual a inúmeros relatados na história da povos da America Latina, seja por José Carlos Mariátegui (2005), seja por Eduardo Caleano (2015), seja pelos nossos marcos teóricos, de rapinagem, exploração e destruição dos bens naturais pelos nossos " eternos invasores". Possibilitar a transformação da água em mercadoria pelas empresas transnacionais é destruir a natureza jurídica daquela enquanto bem de uso comum. E ainda, violar os comandos constitucionais, dentro de uma interpretação sistemática e aberta, visto que resultará em mais desemprego, extermínio cultural, dependência socioeconômica e tecnológica, rebaixamento da soberania nacional, destruição do meio ambiente e da fragilização da cadeia produtiva.

5 Considerações finais

No decorrer da pesquisa, verificou-se a imensurável importância do acesso à água para a promoção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Assim em 2010, a nível internacional, a água foi formalmente reconhecida como um direito humano, no fulcro das Resoluções de nº64/292 e nº15/9 da ONU.

A Constituição brasileira de 1988 garante o direito fundamental de acesso democrático à água, quando fixa os seguintes direitos: à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança (art. 5, caput da CR), à saúde (art. 6 da CR), à existência digna (art. 170, caput da CR), ao meio ambiente equilibrado (art. 225, Caput), dentre outros. Apesar da nossa Lei Maior admitir a entrada do capital estrangeiro em nosso território (art. 172 da CR), sendo a empresas transnacionais uma das formas de ingresso, porém deve ser de maneira restrita e limitada, diante da realidade socioeconômica, ambiental e histórica.

Portanto, o acesso à água de maneira democrática e a todos só existe quando se impõe e prevalece a soberania nacional, inclusive a econômica (arts. 1, I e 170, II da CR), a dignidade da pessoa humana (art. 1, III da CR), o desenvolvimento sustentável (art. 3, II da CR), a função social dos bens de

produção e defesa do consumidor (art. 170, III e V da CR) e, logicamente o controle e gestão das águas potáveis pela sociedade brasileira, via empresas estatais.

Assim sendo, dentro de uma interpretação sistemática e aberta da Lei Maior brasileira, é a inconstitucional da privatização e da mercantilização do dito recurso natural vital para as empresas transnacionais, pois inviabilização a concretude os direitos humanos e fundamentais estabelecidos naquela, dentre outros ditames. A água é um bem de natureza jurídica de direito difuso, sendo transindividual, indivisível e titularidade indeterminada.

A pesquisa revelou, ainda, o grande poder econômico e político das empresas transnacionais, sendo comparadas com as poderes de um Estado nacional ou maior (por vezes), o que corrobora com a afirmação sobre a violação dos direitos humanos e fundamentais de acesso aos mananciais hídricos potáveis, quando aquelas se apoderam das águas potáveis, principalmente em nações em desenvolvimento, como o Brasil.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra; ROTHBARTH, Renata. O estatuto jurídico das águas no Brasil. **Estud. av.**, São Paulo , v. 29, n. 84, p. 163-177, Aug. 2015 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142015000200163&lng=en&nrm=iso>. access on 04 May 2016. http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142015000200011.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Resolução A/RES/64/292.** Disponível em: <www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292>. Acesso em: 09 maio de 2016.

AUGUSTO, Lia Giraldo da Silva *et al.* **O contexto global e nacional frente aos desafios do acesso adequado à água para consumo humano**. 2012. Disponível em: <http://brasil.campusvirtualsp.org/sites/default/files/Desafios%20Acesso%20a%20Agua%202012.pdf>. Acesso em: 9 maio de 2016.

AVELÃS NUNES, Antônio José. **A Crise Atual do Capitalismo:** Capital Financeiro, Neoliberalismo, Globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa Transnacional e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BATISTA JR. Paulo Nogueira. **A economia como ela é...** 1ª reimpressão. São Paulo: Boitempo, 2005.

BECK, U. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo:** respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros 2004.

BORBO, Rafael Corrêa, ALMEIDA, Synthio Vieira de. Água Doce nas Relações Internacionais – O Novo Heartland do Século XXI: O Aqüífero Guarani. **Interagir:** pensando a extensão, Rio de Janeiro, n. 9, p. 13-28, jan./jul. 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 maio de 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 9.433 de 8 janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Casa Civil Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 26 de maio de 2015.

CLARK, Giovani. O Genocídio Econômico. In: SOUZA, Washington Peluso Albino de. CLARK, Giovani. **Questões Polêmicas de Direito Econômico**. São Paulo: LTr, 2008a.

CLARK, Giovani. Política Econômica e Estado. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG,** Belo Horizonte , n 53, p. 103-177, jul/dez 2008b.

CLARK, Giovani. CORÊA, Leonardo Alves. NASCIMENTO, Samuel Pontes do. **Ideologia constitucional e pluralismo produtivo**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2013. Número Especial: Em Memória do Professor Washington Peluso Albino de Souza. p. 265-300.

CONSELHO NACIONAL DE SEGURANÇA ALIMENTAR – CONSEA. **Direito humano à água.** publicado 16/12/2014 13h28, última modificação 21/01/2015 15h36. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/artigos/2014/direito-humano-a-agua>. Acesso em: 09 maio de 2016.

CONSELHO DOS DIREITOS HUMANOS. **Resolução nº15/9.** 2010. Disponível em: <http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones_por.pdf>.

FERNANDES, António Teixeira. Direitos humanos e globalização**. Revista da Faculdade de Letras: Sociologia**, I série, vol. 19, 2009, p. 11-46. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/65925>. Acesso em: 16 maio de 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 6. ed . Salvador: Juspodivm.2014.

FERREIRA, Elaine Freitas Fernandes. A proteção internacional dos direitos humanos nas corporações Transnacionais. **RDIET,** Brasília, V. 10, nº 1, p. 209 - 222 jan - jun, 2015. Disponível em: http://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/viewFile/5955/3918 Acesso em 26 de maio de 2016.

FURTADO, Celso. **Estado e empresas transnacionais na indústria periférica.** Revista de Economia Política, Vol.1, nº1 , janeiro-março 1981. Disponível em: <http://www.centrocelsofurtado.org.br/arquivos/image/201108311220160.estados_e_empresas_transnacionais.pdf>. Acesso em: 18 maio de 2016.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Trad. Sergio Faraco. 7 ª reimpressão. Porto Alegre: LPM, 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA**. O direito à água como política pública na América Latina:** uma exploração teórica e empírica/editores: José Esteban Castro, Léo Heller, Maria da Piedade Morais. – Brasília: Ipea, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22 ed. ver, ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito Internacional Econômico**. Curitiba, Juruá, 2005.

MARIÁTEGUI, José Carlos. **Por um socialismo indo-americano.** Trad. Michael Lowy. Rio de Janeiro: UFRJ, 2005.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Direito Internacional Econômico**. RJ: Renovar,2000.

NINIS, Alessandra Bortoni. **A ecologia política e a exploração da água mineral de São Lourenço.** 2006. 187 f., il. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006.x'

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução nº 217-A de 10/12/1948. <http://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-217-1948_94854.html>.

PETERKE, Sven (coord.). **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Brasília: ESMPU, 2010. Disponível em: <www.3.esmpu.gov.br/linhaeditorial/outraspublicações>. Acesso em: 26 maio de 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 7ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRIOSTE, Fernando Gallardo Vieira; HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro **Empresas Transnacionais no Banco dos Réus:** Violações de Direitos Humanos e Possibilidades de Responsabilização. Curitiba: Terra de Direitos, 2009.

RAMOS, Ana Gabriela Brito. O panorama hídrico do Brasil e a ambiguidade de soluções: Direitos humanos, participação popular e a experiência da América Latina. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí. v.10, n.2, p. 704-727, 1º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

SANTOS, Cecília McDowell. Ativismo Jurídico transnacional e o estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na comissão interamericana de direitos humanos. SUR–**Revista Internacional de Direitos Humanos**. N. 7. Ano 4, p. 27-57, 2007. Disponível em: http://www.sur-journal.org/conteudos/getArtigo7.phpartigo=7,port,artigo_santos.html. Acesso em 26 de maio de 2016.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização:** do pensamento único à consciência universal. 23. ed. São Paulo: Editora Record, 2013.

SANTOS, Milton. **As cidadanias mutiladas.** São Paulo: Imprensa Oficial do Estado. 1997. Disponível em: http://www.miltonsantos.com.br/site/wp--content/uploads/2011/12/As-cidadanias-mutiladas_MiltonSantos1996-1997SITE.pdf acesso em 18 de maio de 2016.

SEBASTIANY, Giana Diesel. Meio ambiente e saúde: indicadores de qualidade de vida e desenvolvimento humano. **Revista Capital Científico**, v. 10, n. 2, jul./dez. 2012.

SILVA, Tony Carlo Souza e VILAS BOAS, Johnson Queiroz. A nova natureza jurídica da água e suas consequências em face da outorga de direito de uso de recursos hídricos. **Revista Eletrônica do curso de direito UFSM**, v. 8, n. 1 / 2013

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

UNESCO. **Relatório Mundial das Nações Unidas sobre Desenvolvimento dos Recursos Hídricos**. 2015. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SC/images/WWDR2015ExecutiveSummary_POR_web.pdf>. Acesso em: 01 de maio de 2016.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E EMPRESAS TRANSNACIONAIS: considerações acerca da Insolvência Transnacional

LAW AND ECONOMICS ANALYSIS AND TRANSNATIONAL COMPANIES: considerations regarding Cross-Border Insolvency

Ivo Waisberg[167]
Herbert Morgenstern Kugler[168]

Resumo
O presente artigo apresenta uma breve introdução acerca da teoria da análise econômica do direito, sua origem e metodologia, com foco na questão da eficiência. Dá-se ênfase, na influência da teoria da análise econômica do direito na elaboração da Lei 11.101/2005 – Lei de Falências e Recuperação de Empresas e na sua aplicação. O artigo visa, ainda, analisar como esta teorização pode auxiliar na reforma do tratamento jurídico conferido pela Lei 11.101/2005 aos procedimentos de insolvência que envolvam empresas transnacionais, tendo em vista o crescente número de empresas que possuem bens, credores e devedores em mais de um país e a deficiência legislativa, não só do Brasil, em relação às medidas a serem aplicadas para a proteção de todos os afetados pela insolvência.
Palavras-chave: Análise Econômica do Direito – Empresa Transnacional – Recuperação de empresas– Falência.

167 Livre-Docente em Direito Comercial, Doutor em Direito das Relações Econômicas Internacionais e Mestre em Direito Comercial pela PUC-SP. *Master of Laws* em Regulação pela *New York University*. Professor de Direito Comercial da PUC-SP e da GVLaw. Advogado.

168 Doutorando em Direito Comercial e Mestre em Direito Comercial pela PUC-SP. Especialista em Direito Tributário pelo Cogeae-PUC-SP. Advogado.

Abstract
The following article presents a brief introduction to the Law and Economics Analysis theory, its origin and methodology, with focus in the efficiency question. It emphasizes the influence of the Law and Economic Analysis theory in the preparation of the Law 11,101/2005– Bankruptcy and Restructuring Law and its application. The article also aims at assessing how said theory can optimize the legal treatment conferred to cross-border insolvencies by Law 11,101/2005 –to the insolvency proceedings involving international companies, considering the increasing number of companies which have assets, creditors and debtors located in more than one country, as well as the legislative deficiency, which do not occur only in Brazil, regarding the measures to be applied to the protection of all the affected by the insolvency.
Keywords: Law and Economics – Cross-border Company – Restructuring - Bankruptcy.

Sumário: 1. Introdução - 2. Análise Econômica do Direito: 2.1 Conceito de crédito – 2.2 Origem e Metodologia – 2.3 Eficiência como Critério Central da Análise Econômica do Direito – 3. A Lei 11.101/2005, Análise Econômica do Direito e Empresas Transnacionais: 3.1. A Lei 11.101/2005 e a Análise Econômica do Direito – 3.2. A Insolvência Internacional e a Lei 11.101/2005 - 4. Bibliografia.

1. Introdução

A aplicação do movimento da Análise Econômica do Direito ("AED"), ou *Law & Economics* para usar a nomenclatura consagrada nos Estados Unidos da América (EUA) e Europa, sempre sofreu resistências no Brasil, seja em razão da incompreensão com relação à teoria, suas propostas e efetivas aplicações, seja em função de mero preconceito ou até o temor infundado de que com ela o direito nada mais seria do que um servo da Economia.

Deveras, muitas vezes se verifica a resistência de aplicadores do direito à utilização de argumentos da Análise Econômica do Direito, sob a justificativa de que tais considerações não seriam jurídicas, mas econômicas, logo, afastadas da ciência jurídica[169]. Ainda, outra resistência comumente encontrada diz respeito ao receio de que a Análise Econômica do Direito sempre enfatiza a consequência econômica da lei ou da decisão judicial,

169 Tais resistências se verificaram no mundo todo, inclusive nos EUA (STIGLER, 1992, p. 455).

independentemente de quaisquer outros valores, preocupando-se excessivamente com eficiência econômica, custos de transações[170], em detrimento de outros valores como a justiça.

Essa resistência vem sido mitigada nas últimas décadas, fruto do trabalho virtuoso de doutrinadores e universidades que procuram aproximar o Direito da Economia, com vistas não de substituir uma pela outra, mas de auxiliar no aprimoramento de ambas as disciplinas e, principalmente, das instituições jurídicas (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005).

Não há dúvidas de que o direito e a economia têm objetos diferentes de estudo e metodologias próprias para tanto. Contudo, negar a íntima relação entre ambos os objetos equivale a ignorar a realidade dos fatos sob o manto de uma suposta pureza do objeto.

A economia estuda a atividade econômica, consistente nos comportamentos dos agentes econômicos, os quais são guiados pelo binômio *satisfação de suas necessidades* e *escassez* e cujo equilíbrio é que origina a *eficiência*, pedra angular da ciência econômica. No entanto, estas atividades são desenvolvidas dentro de um arcabouço jurídico, o qual proporciona as regras e as condições para seu exercício, regulando os comportamentos dos agentes econômicos.

As instituições jurídicas, conforme salienta Douglass North, consistem nas regras que governam a sociedade.[171] Assim, é o direito que cria as instituições jurídicas por meio das quais os agentes econômicos atuarão para a satisfação de suas necessidades, atuações essas que, evidentemente, influenciam a criação e interpretação das instituições jurídicas em curso, sob pena de o Direito distanciar-se da realidade dos fatos que procura regular, perdendo a sua eficácia.

Não por outro motivo, inclusive, é que Ronald Coase escreveu que o objetivo da política econômica consiste em criar e escolher instituições que garantam que os agentes, ao escolherem um caminho, escolham aquele que resultar na melhor escolha para o sistema como um todo, sendo que estas instituições são criadas e dependem das leis (COASE, 1988, p. 27).

---

170 Custos de transação consistem nos custos incorridos pelas partes para transacionarem entre si. Ronald Coase assim os explicou: *"In order to carry out market transactions it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. Dahlman crystallized the concept of transaction costs by describing them as 'search and information costs, bargaining and decision costs, policing and enforcement costs.'"* (COASE, 1988, p. 6).

171 "*Institutions are the rules of the game in a society or, more formally, are the humanly devised constraints that shape human interaction*." (NORTH, 1990, p. 3).

Deste modo, o Direito exerce forte influência sobre as relações econômicas, ou até as determina, criando o arcabouço jurídico no qual as atividades serão desenvolvidas, por meio da determinação de direitos e sua aplicação pelo Poder Judiciário.[172]

Desta forma, a Análise Econômica do Direito é ferramenta bastante útil na análise das instituições jurídicas existentes, as quais, evidentemente, devem ser sujeitas a revisões, críticas e aprimoramentos.

Não por outro motivo, a partir da maior compreensão da Análise Econômica do Direito no Brasil, têm surgido cada vez mais estudos e trabalhos acadêmicos utilizando-se de tal teoria como forma de crítica ou aprimoramento de institutos e regras já existentes (TIMM, 2012).

Será sob este enfoque que analisaremos o tratamento conferido pela Lei 11.101/2005 (LRF) às empresas transnacionais, com ênfase na questão da insolvência transnacional, a qual consiste na falência, ou até outro procedimento previsto na LRF (recuperação judicial e recuperação extrajudicial) de sociedades empresárias que atuam em mais de uma jurisdição, mas sob controle comum.

Evidentemente não se está utilizando a AED como um dogma, como se o exame da eficiência ou dos incentivos criados pudesse transpor elementos legais, morais ou sociais. Valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, não são questão de eficiência. Os exageros da AED, já apontados por Forgioni (2005), devem ser evitados. Mas isto não retira a grande valia da AED como instrumento de exame do Direito e ferramental útil para a formulação das políticas públicas ou para ponderar os efeitos de decisões judiciais.

O ponto mais importante é entender a relação direta entre Direito e Economia, uma interdisciplinaridade que não se pode ignorar, pois o reflexo econômico tem evidente impacto social. Tal ligação deve sempre ser considerada, seja na edição de leis, seja na prolação de decisões judiciais, pois, muitas vezes, uma decisão aparentemente justa e solidária no caso concreto, causa um custo social grande no médio ou longo prazo (WAISBERG, 2005, p. 647-660).

Escolhemos para análise a LRF e sua relação com a empresa transacional, dada a necessária racionalidade jurídica e econômica que citada lei deve ter de forma a fomentar a atividade econômica do país, tendo em vista que o regime falimentar e de reestruturação é um dos pilares da prosperidade econômica. Não por outro motivo, uma das principais bandeiras para a reforma falimentar que ocorreu com a promulgação da

172 Como ressaltam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 14), *"...o Direito afeta de forma dramática a economia em face do desenho da política econômica, da determinação dos direitos de propriedade, do direito dos contratos e de sua aplicação pelo Poder Judiciário".*

Lei 11.101/2005 era, justamente, trazer ao sistema jurídico uma lei de falências moderna, eficiente e racional, capaz de viabilizar a recuperação das empresas ou otimizar a sua falência[173].

Deste modo, o presente trabalho procurará a contribuição que a *Law & Economics* pode oferecer ao tratamento conferido pela Lei 11.101/2005 à insolvência transnacional.

2. Análise Econômica do Direito

2.1. Origem e Metodologia

A origem da Análise Econômica do Direito está ligada ao pensamento de que os agentes econômicos agem de modo racional, sendo conduzidos a certos comportamentos, por um sistema de prêmios e sanções. Neste sentido, uma conduta será mais incentivada na medida em que estiver associada a um prêmio maior que outra, sendo que, por outro giro, uma sanção maior imposta a certa conduta conduzirá o agente a agir de forma diversa, sujeita a pena mais amena.

Para os economistas, os prêmios e sanções equivalem a preços, de tal forma que os agentes reagem a sanções e prêmios da mesma forma como reagem a preços. Quanto maior o preço de certo bem ou serviço, menos incentivo para seu consumo haverá. Logo, quanto maior a sanção imposta a certa conduta, menos incentivo existirá para sua prática (TOMAZETTE, 2007, p. 179).

Desta forma, a Economia diante do Direito procura, através de sua própria metodologia, baseada em grande medida em modelos estatísticos e econométricos, antever os efeitos de uma regra legal sobre os comportamentos dos agentes econômicos. A Análise Econômica do Direito consiste, portanto, em uma corrente acadêmica de juristas e economistas que estudam o fenômeno jurídico com base em princípios econômicos (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 83).

Dito de outra forma, a Análise Econômica do Direito encara o sistema jurídico como aquele que determina os incentivos e responsabilidades dentro da economia, devendo ser analisando por critérios econômicos,

173 "*Do ponto de vista econômico, a legislação falimentar tem como objetivo criar condições para que situações de insolvência tenham soluções previsíveis, céleres e transparentes, de modo que os ativos, tangíveis e intangíveis, sejam preservados e continuem cumprindo sua função social, gerando produto, emprego e renda. Com isso, busca-se também minimizar os impactos de insolvências individuais sobre a economia como um todo e, dessa forma, limitar prejuízos gerais e particulares. Cabe, portanto, ao sistema de insolvências, um papel fundamental na busca de resultados econômicos eficientes (Araújo, 2002).*" (LISBOA, et al., 2005, p. 33).

tendo primazia entre eles o da *eficiência*, o qual consiste em avaliar se os escassos recursos existentes estão sendo bem utilizados, maximizando a riqueza possível.

Naturalmente, usar critérios econômicos para o estudo do Direito não é uma inovação recente, sendo que desde os anos sessenta tal corrente ganha cada vez mais fôlego, mormente nas universidades norte-americanas e europeias, mérito das contribuições de autores norte-americanos como Ronald Coase, Richard Posner e Guido Calabresi, dentre outros. No Brasil, a assimilação da forma de análise da *Law & Economics* é mais recente.[174]

Em resumo, a Análise Econômica do Direito nada mais é do que usar a teoria econômica para analisar a criação, estrutura e impacto das regras jurídicas, e, portanto, das instituições legais. Neste contexto, o conceito econômico de eficiência é fundamental para examinar as regras legais e as instituições, devendo ser considerada na elaboração e aplicação das normas jurídicas.

2.2.Eficiência como Critério Central da Análise Econômica do Direito

Sobre o conceito de eficiência, vital para o *Law & Economics*, existe farta literatura acerca de seus contornos[175]. Do ponto de vista econômico, eficiência depende de dois elementos: objetivo mensurável e meios igualmente mensuráveis, de tal forma que a eficiência consiste em obter o maior valor possível de um conjunto de meios disponíveis.[176]

Sob a ótimo da Análise Econômica do Direito, o conceito de eficiência ganhou outros contornos, sendo um dos mais conhecidos o ótimo de Pareto, cunhado em homenagem ao economista Vilfredo Pareto, para quem uma situação é mais eficiente que outra tendo em vista os benefícios que gera a alguém sem prejudicar ninguém, de modo que ao menos um agente está em situação melhor, mas os demais agentes não estão em situação pior. O ótimo de Pareto, portanto, seria aquela situação onde não é possível melhorar a situação de alguém sem piorar a de outro.

---

174 "*O assunto não é novo, é bom enfatizar: desde a década de 1960, pelo menos, discute-se a aplicação prática de Direito & Economia ao direito. Novos, contudo, são a popularização de sua leitura no Brasil e seu ensino. Por muitos anos, os operadores do direito enxergaram o sistema jurídico como um mero sistema de punição e coação, sem compreender todas as oportunidades que poderiam ser exploradas com um desenho adequado de tal conjunto de normas, postas ou não, para o que se pode recorrer ao arsenal de subsídios que a teoria econômica fornece.*" (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 84-85).

175 Para uma análise mais aprofundada das teorias, remetemos ao leitor interessado à obra de PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 120-124. Ver também o artigo de TOMAZETTE, 2007.

176 "*The concept of efficiency contains two values: a valuable goal and valuable means (inputs) with which to achieve that goal. Maximum efficiency consists of achieving a maximum value of output from a given value of inputs. The economist's conventional concept of efficiency turns on the maximization of the output of an economic process or of an economy.*" (STIGLER, 1992, p. 458).

Outras teorizações surgiram também acerca da eficiência, como a de Kaldor-Hicks, por meio do qual se fundamenta a eficiência na possibilidade de compensação, ou seja, os custos com o pagamento do prêmio são inferiores aos benefícios gerados. A existência de múltiplos critérios levou à formação de diferentes correntes da Análise Econômica do Direito, sendo destaques as correntes de análise positiva ou análise descritiva e a de análise normativa.

A primeira procura usar a Economia para dizer como as coisas são no Direito, ou para prever como as coisas irão acontecer, sem entrar no mérito de como as coisas deveriam ser. Já na segunda, propõem-se novas regras jurídicas em complementação às que já existem, com ênfase em sua eficiência econômica.

Em nosso entendimento, embora se possa atribuir maior peso a uma ou outra vertente, não há como realizar uma análise econômica do direito sem utilizar-se de ambas, ou seja, verificando como as regras atuais são e, como contraponto, formulando sugestões ou críticas a elas.

Para os fins aqui delimitados, eficiência é constatar que os escassos recursos existentes estão sendo bem utilizados, maximizando a riqueza possível. Sob este critério, verificaremos o tratamento conferido à insolvência transnacional pela Lei 11.101/2005.

3. A Lei 11.101/2005 e a crise das Empresas Transnacionais

3.1. A Lei 11.101/2005

O Direito Falimentar pátrio foi fortemente reconfigurado com o advento da Lei 11.101/2005, tendo sido revogado o Decreto-Lei 7.661/1945, o qual, embora excepcional tecnicamente, por ter sido elaborado em outro contexto histórico, já continha institutos vetustos e que já não se coadunavam com a realidade econômica atual. Não por outro motivo, durante muitos anos a doutrina reivindicava uma reforma da legislação falimentar (PENTEADO, 2007, p. 59; BIOLCHI, 2009, p. XXXVII).

A lei de 2005 representou um avanço em muitos sentidos, tendo extinguido a concordata, criado a recuperação judicial e a extrajudicial, além de repaginar o instituto da falência com vistas a tornar o sistema econômico mais *eficiente*, alterando para tanto, inclusive, a classificação de créditos para fins de pagamento.

Analisando a LRF, notam-se ao menos duas fortes influências, a saber: a legislação norte-americana e a intenção declarada de, com sua promulgação, atingir determinados objetivos econômicos, especialmente a redução

do *spread* bancário, e sociais, como a manutenção da atividade econômica e da empresa, o que fica inquestionável por meio dos princípios contidos no artigo 47[177] e 75 da Lei.[178]

A influência da legislação norte-americana se verifica, dentre outros fatores, na criação dos institutos da recuperação judicial e da extrajudicial, muito embora já existissem ferramentas similares antes no Direito pátrio (PENTEADO, 2007, p. 65).

Já a intenção do legislador em atingir fins econômicos, especialmente a redução do *spread* bancário, foi constantemente propagada quando dos debates legislativos acerca da lei, bem como na imprensa de modo geral.[179] Não por outro motivo, inclusive, é que o artigo 83 da LRF apresenta uma nova ordem de classificação dos créditos na falência, onde os credores com garantia real (geralmente instituições financeiras) possuem preferência de pagamento em relação aos demais credores com exceção dos trabalhistas (os quais, por sua vez, estão limitados por um teto de 150 salários mínimos por credor).[180] [181]

---

177 "Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica."

178 "Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.
Parágrafo único. O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual."

179 Destaca-se, neste sentido, reportagem do Valor Econômico de 10/02/2005, que contém entrevista do então Ministro da Fazenda, Antonio Palocci: "O ministro da Fazenda, Antonio Palocci, destacou hoje (10) que o foco da nova Lei de Falências será a recuperação das empresas, ao passo que os processos de falência deverão ser agilizados. (...) 'Vamos passar a viver, com essa nova lei, um novo modelo de recuperação, uma sistemática mais modernizada e mais atual de processos de recuperação que dá a empresa e a seus credores critérios judiciais e extra-judiciais adequados para a recuperação. Com isso eu penso que nós vamos mudar a história de recuperação de ativos no Brasil', afirmou Palocci. (...) **Apesar de as dívidas bancárias serem o segundo ponto no processo de falência, Palocci descartou, a princípio, a possibilidade de redução do spread bancário (a diferença entre o que o banco paga na captação de recursos e o que cobra nos financiamentos). A expectativa era de que isso aconteceria porque diminuiria o risco de os bancos deixarem de receber o dinheiro que emprestaram. 'O efeito sobre o spread desse tipo de legislação se dará na medida em que a legislação mostrar a sua eficácia', disse.** A Lei de Falências tem 200 artigos e entrará em vigor em 120 dias a contar da data de sua publicação, que deve ocorrer hoje, em edição extra do Diário Oficial da União." (destaques nossos)

180 "Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:
I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho; II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias; IV – créditos com privilégio especial, a saber: a) os previstos no art. 964 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002; b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei; c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia; d) aqueles em favor dos microempreendedores individuais e das microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006; V – créditos com privilégio geral, a saber: a) os previstos no art. 965 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002; b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei; c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei; VI – créditos quirografários, a saber: a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo; b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento; c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo; VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias; VIII – créditos subordinados, a saber: a) os assim previstos em lei ou em contrato; b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício."

181 Ao comentarem este dispositivo, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 222) afirmarm que: "*Em resumo: a lei beneficia o crédito bancário na medida em que lhe dá uma elevação na classificação – os créditos com garantias reais agora*

Na realidade, procurou a Lei 11.101/2005 corresponder às melhores práticas internacionais para a recuperação e também para a falência de empresas, com vistas a fomentar a atividade econômica, o investimento, o crédito e o emprego (LISBOA et al., 2005, p. 41). Percebe-se, portanto, que a motivação para a reforma da legislação falimentar foi de tornar o procedimento mais eficiente, de tal forma a otimizar os recursos empregados pelos agentes econômicos, mantendo a atividade econômica viva, de modo que ela cumpra sua função social, isto é, gere empregos e renda.

Em vista dos objetivos almejados, entendemos que é possível verificar a influência da Análise Econômica do Direito no legislador pátrio quando da elaboração da LRF. De fato, após longos 60 anos de vigência, verificou-se que o Decreto-Lei 7.661/1945 já não atendia às necessidades econômicas dos agentes, tampouco viabilizava a recuperação de empresas e a manutenção de fontes empregadoras. Tal circunstância era facilmente verificável pelo número ínfimo de sucessos fomentados pela concordata, bem como pelo expressivo tempo que uma falência demandava.

Neste ponto, elucidam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 221-222) que

> *A visão tradicional do direito se preocupa com a equidade, com a justiça – como ilustra o princípio geral do* par conditio creditorum*, de acordo com o qual nenhum credor pode receber de forma diferente de outro (respeitada a classificação de créditos, claro) –, ao passo que o objetivo de uma lei falimentar do ponto de vista da escola de Direito & Economia é muito diferente, pois sua ênfase recai na perspectiva da eficiência, da realocação de ativos, de um sistema que aumente a eficiência das relações comerciais e de trocas. Enfim, a Lei de Falências visa muito mais criar os incentivos corretos e resolver ordenadamente os problemas de insucesso do que propriamente dar a cada um o que é seu.*

Neste sentido, a Lei 11.101/2005 procurou reformular o sistema falimentar, alterando as regras do jogo até então aplicáveis, de modo a realinhar o direito com a economia, seja pela criação de incentivos para fomentar a manutenção da atividade econômica, o crédito e o investimento, seja pela eliminação de empresas ineficientes do mercado, de modo a possibilitar a otimização dos recursos escassos na economia.

---

vêm antes dos créditos tributários com os incentivos para sua ampliação. Não necessariamente isso beneficia os banqueiros; quem sai ganhando é o sistema. A proteção do crédito visa ao desenvolvimento nos casos em que se pode alocar o capital produtivo de uma empresa falida a uma nova empresa (ou um novo empresário) que continuará a produzir".

Fica evidente que a lei de 2005, criada na chamada reforma microeconômica do primeiro governo Lula, teve cuidado com os aspectos econômicos e de eficiência, podendo ser dito que o instrumental da AED foi parte desta alteração legislativa. Evidentemente que a eficiência sozinha não foi o centro da lei. Ela veio acompanhada de um forte aspecto social, de procurar manter a atividade econômica viva quando viável. A preservação da empresa (da empresa, não do empresário), é o grande objetivo e vetor interpretativo da lei.

Este diploma é, portanto, um bom exemplo de lei com valores sociais, mas com instrumental econômico, incluindo de aplicação de AED na sua composição.

Contudo, mesmo com a reforma do sistema falimentar, nota-se que a Lei 11.101/2005 é falha em diversos aspectos[182], notadamente no que tange às empresas transnacionais, fato que tem evidentemente criado distorções nos incentivos almejados.

De modo a ilustrar o exposto, passaremos a analisar o tratamento que a lei confere (ou deixa de conferir) à insolvência da empresa transnacional.

3.2. A Insolvência Internacional e a Lei 11.101/2005

A questão da insolvência de empresas transnacionais, ou seja, daquelas sociedades empresárias que possuem atuação em diversas jurisdições, mas atuam sobre o comando de um grupo localizado em determinado país, é assunto bastante desafiante para os legisladores de modo geral, tendo em vista a gama de patrimônios envolvidos em lugares distintos, com legislações distintas.

Conforme sintetizam Francisco Satiro e Paulo Fernando Campana Filho, apesar da proliferação de casos de insolvência transnacional, muitos países não regraram tal aspecto internamente, nem mesmo em tratados internacionais.[183]

Da década de noventa para o momento atual, muito se evoluiu no cenário internacional sobre o tema, principalmente com a edição da lei-modelo de insolvências transfronteiriças da UNCITRAL[184], os avanços nos tratados multilaterais na União Europeia e a propagação do *Chapter 15* do *Bankruptcy Code* norte-americano (POTTOW, 2007, p. 785).

182 Parte deles já apontados por WAISBERG, 2015, p. 339-353.

183 "*Casos de falência envolvendo mais de uma jurisdição multiplicaram-se nas décadas de 1980 e 1990 e levaram ao desenvolvimento de diversas iniciativas destinadas à proliferação de normas de insolvência transfronteiriça em âmbito mundial. Apesar disso, a adoção de tais normas de insolvência internacional tem sido muito mais lenta do que o aumento do número de casos transfronteiriços. A maior parte dos países ainda não adotou regras de insolvência internacional e nenhum tratado multilateral a respeito do assunto entrou em vigor. A falta de previsibilidade e transparência causada pela ausência de tais normas, ampliada pelas abismais diferenças políticas, filosóficas e processuais entre as leis falimentares no mundo todo, tornou-se uma preocupação comum para devedores, credores e investidores"* (SATIRO; CAMPANA FILHO, 2012, p. 121).

184 Trata-se da lei modelo da *United Nations Commission on International Trade Law* (*UNCITRAL*) para os processos de insolvência realizados no exterior (*Model Law on Cross-Border Insolvency*), promulgada em 1997 e cujo objetivo consiste em estabelecer um regime legal uniforme e coordenado para casos de insolvência transnacional. Conforme informado

Naturalmente, tal avanço não é imune de críticas, as quais afirmam que um modelo universal de insolvência internacional não consegue levar em conta as peculiaridades de cada país e sistema econômico, tampouco suplanta as dificuldades operacionais em consolidar grupos de empresas ao redor do mundo, além do clássico ataque à soberania nacional de cada país. No âmbito do direito comparado, inclusive, chega-se até a estudar o fenômeno do "*forum shopping"* aplicado às legislações de insolvência, por meio do qual as empresas em crise procuram aquelas jurisdições com as legislações mais benéficas a elas para iniciarem procedimentos de insolvência (POTTOW, 2007, p. 786).

Contudo, não obstante as críticas, fato é que as falências e demais procedimentos de insolvência envolvendo empresas transnacionais não podem ser ignorados, haja vista os inúmeros casos práticos de crises de empresas transnacionais que assolaram o mundo, dada a globalização cada vez mais crescente. Basta lembrar casos como o da falência da Enron e, mais marcante ainda, o da Lehman Brothers para se ter uma dimensão do problema. A quebra da Lehman Brothers atingiu ativos de mais de US$ 600 milhões, espalhados em inúmeros processos de insolvência em 16 países[185]. No Brasil, já ocorreram vários casos de inclusão de empresas internacionais em pedidos de recuperação judicial de grupos econômicos com o principal estabelecimento no Brasil, aceitos pelo Judiciário brasileiro.[186]

Assim, a necessidade de conferir um tratamento legal às insolvências de empresas transnacionais acaba sendo imposta pela realidade econômica, dada a dimensão que muitas empresas assumem ao redor do mundo e as repercussões que sua quebra acarreta em inúmeras instituições.

---

pela própria UNCITRAL,"*The Model Law is designed to assist States to equip their insolvency laws with a modern legal framework to more effectively address cross-border insolvency proceedings concerning debtors experiencing severe financial distress or insolvency. It focuses on authorizing and encouraging cooperation and coordination between jurisdictions, rather than attempting the unification of substantive insolvency law, and respects the differences among national procedural laws. For the purposes of the Model Law, a cross-border insolvency is one where the insolvent debtor has assets in more than one State or where some of the creditors of the debtor are not from the State where the insolvency proceeding is taking place.*" Disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html. Acesso em: 24/05/2016.

185 "*When Lehman Brothers became bankrupt in 2008, its assets had to be liquidated not only in the USA and Europe but also as far afield as Singapore and Hong Kong. This is the natural result of a world economy where there is increasing foreign investment in BRIC nations and emerging and frontier markets, increasing trade between them and multi-nationalization of their companies. It would thus be expected that as a corollary to these contemporary economic developments, a cross-border insolvency regime would emerge when these businesses or investments fail. It would be anticipated that issues regarding the recognition of insolvency proceedings in foreign jurisdictions as well as of domestic insolvency proceedings abroad would arise. However, even a cursory analysis of the literature on cross-border insolvency in these countries reveals that they either do not consider the issue of cross-border insolvency in their national legislation at all or they explicitly provide for a 'territorialist' approach to cross-border insolvency proceedings, whereby each country grabs local assets for the benefit of local creditors, with little consideration of foreign proceedings. This has led to inadequate and uncoordinated attempts at cross-border insolvency that are not transparent and are time-consuming*" (MANNAN, 2015, p. i).

186 Por exemplo, os casos do Grupo OAS e Grupo Schahin.

Outrossim, é curioso notar que, dada a omissão legislativa em muitas jurisdições com relação ao fenômeno, muito do desenvolvimento do tratamento legal das insolvências transnacionais se revela como característico "direito transnacional", na medida em que não depende das normas positivas de determinada nação para evoluir, sendo as soluções encontradas geralmente específicas para cada caso concreto, muitas vezes primando pela eficiência econômica, que se dá pela preservação de valor nas liquidações e recuperações de empresas.[187]

Acerca da insolvência transnacional sugiram três correntes dominantes. A primeira, acunhada como universalista processual (*procedural universalism*), defende que, dentre as inúmeras jurisdições onde uma empresa de atuação mundial tenha um processo de insolvência, uma delas deve ter a competência de coordenar os restantes dos processos, sendo que o critério mais propagado é o da sede principal, ou centro decisório, do grupo[188].

Ao lado da corrente universalista, existe a corrente territorial cooperativa (*cooperative territorialism*), a qual entende que haverá muita dificuldade em definir qual a jurisdição coordenadora, bem como reconhece a improbabilidade de um Estado, dado seus próprios interesses com relação aos ativos do devedor, sujeitar-se às determinações de um juízo situado em outra jurisdição. Ainda, esta corrente é criticada em razão de um possível *forum shopping*, cujo efeito será pernicioso em todos os procedimentos. Assim, esta corrente entende que os países devem possuir controle sobre os procedimentos realizados em suas próprias jurisdições, mas, no que tange à administração dos ativos, os países interessados devem agir conjunta e harmoniosamente (RASMUSSEN, 2007, p. 6).

Finalmente, uma terceira abordagem consiste em atribuir mais poder às sociedades empresariais, conferindo às empresas a possibilidade de escolherem entre ter um ou mais procedimentos de falência. Neste sentido, uma

187 "*Essas iniciativas, tanto no campo acadêmico como prático, mostram que, embora as normas escritas tenham entrado em vigor em diversos países, a insolvência internacional desenvolveu-se, nas últimas décadas, no âmbito dos casos concretos, e que há ainda espaço considerável para a criação de soluções ad hoc. A eficiência econômica - isto é, a preservação de valor nas liquidações e nas recuperações de empresas - conduz o entusiasmo pela ajuda mútua com outros juízes e pelo respeito aos princípios e regras falimentares estrangeiras. A falta (ou mesmo a existência) de normas específicas não tem sido obstáculo para os processos de insolvência, que parecem convergir para o universalismo em um movimento trópico. Esses esforços conjuntos têm sido valiosos na construção de um Direito transnacional das insolvências internacionais baseado na autonomia da vontade e que é mais engenhoso e personalizável do que um sistema guiado por normas vinculativas poderia jamais sonhar e, portanto, mais adequado a enfrentar os desafios impostos pela quebra de empresas dispersas por um mundo imprevisível, multifacetado e globalizado"* (SATIRO; CAMPANA FILHO, 2012, p. 123).

188 "*The universalists seek a rule that identifies which country will take the lead in sorting out the debtor's affairs. By and large, universalists envision that the country that is the "home" of the debtor will be the one which is the situs of the main proceeding. The role of the other countries is to implement the decisions that have been made in the main jurisdiction"* (RASMUSSEN, 2007, p. 5).

sociedade que acredita que um processo único de falência elevará o valor dos ativos poderá assim escolher, situação em que os demais Estados devem respeitar tal decisão (RASMUSSEN, 2007, p. 6).

Entretanto, seja qual for a teoria, a Lei 11.101/2005 perdeu uma grande oportunidade de positivar um tratamento legal expresso à falência, e mesmo recuperação judicial e extrajudicial, de empresas transnacionais, deixando de adotar vários dos princípios da lei-modelo da UNCITRAL ou de seguir o exemplo do *Chapter 15* do *Bankruptcy Code* norte-americano (FRANCO, 2015).

Desta forma, não resta aos operadores do Direito brasileiro outro arcabouço senão lançar mão das regras gerais de cooperação internacional[189], uma inovação oriunda do Código de Processo Civil de 2015, a qual naturalmente se revela insuficiente para conferir um tratamento eficiente à insolvência transnacional.[190]

Entendemos que o melhor sistema seria ao menos o Brasil adotar um mecanismo como o *Chapter 15* americano, para poder dar eficiência aos processos internacionais de insolvência nos quais o principal centro (*center of main interest* - *COMI*) não seja aqui, respeitando o juízo de outra jurisdição para proteção dos ativos e manutenção, no aspecto global dos valores sociais e econômicos da preservação da empresa da forma mais eficiente para todos, brasileiros ou não.

Perdeu-se, portanto, a chance da nova Lei de Falências tratar de diversos procedimentos que aumentariam a eficiência da insolvência transnacional no Brasil, seja envolvendo empresas brasileiras que tiveram processos de falência ou até mesmo de recuperação judicial em curso no Brasil, seja por meio do aproveitamento de atos realizados no exterior com relação a empresas insolventes no mundo afora.

Especialmente, alguns dos principais problemas enfrentados em casos de insolvência internacional envolvendo o Brasil ainda carecem de solução, vez que tais casos se chocam com dois princípios do direito falimentar brasileiro: o da territorialidade e o da universalidade.

O princípio da territorialidade determina que os efeitos da sentença de falência, logo da decisão que homologa um plano de recuperação extrajudicial, ou defere a recuperação judicial também, limitam-se ao próprio país; limita-se a sentença ao território nacional (TOLEDO, 2009, p. 15). Por

189 Segundo Cássio Scarpinella Bueno (2016, p. 120), "por 'cooperação internacional' deve ser entendido o conjunto de técnicas que permitem a dois Estados colaborar entre si em prol do cumprimento fora de seus territórios com medidas jurisdicionais requeridas por um deles".

190 A cooperação internacional é demasiadamente genérica, não se adequando perfeitamente às peculiaridades dos processos de insolvência. Segundo o art. 26, a cooperação internacional será regida por tratado de que o Brasil faça parte, observando-se determinados requisitos, dentre eles o respeito ao devido processo legal no Estado requerente (inc. I), a igualdade entre nacionais e estrangeiros (inc. II) e a compatibilidade com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro (§3º). Na ausência de tratado, a cooperação poderá ocorrer com base na reciprocidade.

sua vez, o princípio da universalidade sujeita todas as ações relativas aos bens, interesses e negócios da empresa insolvente ou sob recuperação judicial ao juízo falimentar ao recuperacional (COELHO, 2011, p. 281-282)[191]. Contudo, como conciliar este dois princípios com o caso de insolvência de uma empresa transnacional, onde via de regra correm múltiplos procedimentos de insolvência em outras jurisdições?

Precisamente na tentativa de ajustar estes princípios ao contexto de uma insolvência internacional, é que a UNCITRAL formulou a sua lei modelo, a qual já foi adotada por 41 países, entre eles, Reino Unido, Austrália, Canadá, Japão, México, Colômbia, Chile e EUA, que adicionou à *Bankruptcy Code* o *Chapter 15*.

Especificamente, o *Chapter 15* norte-americano tem por finalidade atingir cinco objetivos específicos, com vistas a aumentar: (1) a cooperação entre os tribunais e partes envolvidas situados nos EUA e os tribunais, autoridades e partes localizados em outros países; (2) a segurança jurídica para os negócios e investimentos; (3) a administração justa e eficiente dos processos de insolvência transnacional, de modo a proteger os interesses de todos os envolvidos, inclusive o devedor; (4) a proteção e a maximização do valor dos ativos do devedor; e (5) a recuperação da empresa, protegendo os investimentos e preservando os empregos.[192]

É de se notar, ainda, que o *Chapter 15* norte-americano, assim como a lei modelo da UNCITRAL são regras procedimentais, de tal forma que não deveriam acarretar mudanças profundas no direito substantivo de cada nação, desta forma respeitando as peculiaridades de cada sistema jurídico.[193]

Não por outro motivo, a lei modelo da UNCITRAL tem como um dos princípios norteadores o do *recognition*[194], o qual procura simplificar os procedimentos de reconhecimento por uma jurisdição dos atos realizados em

191 A jurisprudência é dominante no sentido de que há um juízo universal na recuperação judicial, vide: STJ. AgRg no CC 115.275/GO, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 14/9/2011, DJe 7/10/2011. STJ. AgRg no CC 116.036/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 12/06/2013, DJe 17/06/2013. STJ AgRg no CC 136844 / RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe. 26/08/2015, dentre outros.

192 11 U.S.C. § 1501.

193 "*The Model Law is not a law of substantive bankruptcy; rather, it is designed to provide a procedural framework into which local substantive bankruptcy law is integrated. It is a template that countries are encouraged to incorporate into their domestic bankruptcy law, making changes to the Model Law, where necessary, to accommodate the local law.*" (ADLER, 2011, p. 2).

194 "*One of the key objectives of the Model Law is to establish simplified procedures for recognition of qualifying foreign proceedings in order to avoid time-consuming legalization or other processes that often apply and to provide certainty with respect to the decision to recognize. These core provisions accord recognition to orders issued by foreign courts commencing qualifying foreign proceedings and appointing the foreign representative of those proceedings. Provided it satisfies specified requirements, a qualifying foreign proceeding should be recognized as either a main proceeding, taking place where the debtor had its centre of main interests at the date of commencement of the foreign proceeding or a non-main proceeding, taking place where the debtor has an establishment. Recognition of foreign proceedings under the Model Law has several effects - principal amongst them is the relief accorded to assist the foreign proceeding.*" (Disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html. Acesso em: 24/05/2016).

outra, tendo em vista ser este um dos fatores que mais demandam tempo. Este princípio e procedimento já foi adotado em outros países, como nos Estados Unidos, tendo sido utilizado por empresas brasileiras naquele país, inclusive a OAS S.A. e a Rede Energia S.A (SEIFE, 2015, p. 186-194).

Desta forma, verifica-se que a omissão legislativa brasileira com relação à insolvência transnacional ou transfronteiriça não contribui com a eficiência do sistema proposto.

De fato, na medida em que não há clareza acerca do tratamento a ser conferido a estas situações, a tendência é que as decisões judiciais sejam díspares e os agentes econômicos deixem de usar dos procedimentos de insolvência (seja a falência ou a recuperação) no tempo e forma esperados.

REFERÊNCIAS

ADLER, Louise De Carl. *Managing the Chapter 15 Cross-Border Insolvency Case* – A Pocket Guide for Judges, Federal Judge Center, 2011.

BIOLCHI, Osvaldo. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de e ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. XXXVII - XLVII.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016,

COASE, Ronald. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação Empresas*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FORGIONI, Paula A. Análise Economica do Direito (AED): Paranóia ou Mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 139, a. 44, jul./set. 2005, p. 245-256.

FRANCO, Vera Helena de Mello. O modelo falimentar norte-americano - particularidades. Relevo aos capítulos 7, 11,12, 13 e 15 do Bankruptcy Code. *Revista de Direito Empresarial*, v. 7, p. 149 – 171, jan - fev / 2015. Disponível em http://revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000153e2de365e18fbbcb9&docguid=Iae716510a91211e4949b010000000000&hitguid=Iae716510a91211e4949b010000000000&spos=2&epos=2&td=6&context=4&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em 24/05/2016.

LISBOA, Marcos de Barros; DAMASO, Otávio Ribeiro; SANTOS, Bruno Carazza dos; COSTA, Ana Carla Abrão. A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 31-60.

MANNAN, Morshed. *The prospect and challenges of adopting the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency in South Asia (Bangladesh, India and Pakistan)*, tese apresentada na Universitet Leiden, julho de 2015, p. i. Disponível em http://bobwessels.nl/wp/wp-content/uploads/2015/09/LLM-Thesis-Final-Morshed-Mannan.pdf. Acesso em 24/05/2016.

NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Capítulo I. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POTTOW, John A. E. The Myth (and Realities) of Forum Shopping in Transnational Insolvency, *Brooklyn Journal of International Law*, v. 32, n. 2, September 2007.

RASMUSSEN, Robert K. Where are all the transnational bankruptcies?: the puzzling case for universalism., *Vanderbilt University Law School Law and Economics Working Paper n. 07-13*, 2007, p. 6. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=982678. Acesso em: 24/05/2016.

SATIRO, Francisco e CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. A insolvência transnacional: para além da regulação estatal e na direção dos acordos de cooperação. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de e SATIRO, Francisco (coord.). *Direito das Empresas em Crise*: Problemas e Soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 119-140.

SEIFE, Howard; VAZQUEZ, Francisco. Experiência Transnacional de Empresas Brasileiras nos Estados Unidos e os Benefícios da Lei Modelo. In: ELIAS. Luis Vasco (coord.). *10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências*: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil, Coord. Luis Vasco Elias, São Paulo, Quartier Latin, 2015.

STIGLER, George J. Law or Economics? *The Journal of Law & Economics,* v. 35, n. 2, Oct. 1992, p. 455-468.

TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Art. 3º. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de e ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOMAZETTE, Marlon. A Viabilidade da Análise Econômica do Direito no Brasil. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v.. 75, jul./ago.2007, São Paulo, Revista dos Tribunais.

WAISBERG, Ivo. 10 Anos da Recuperação Judicial – Sugestões para Reforma Legislativa. In: *Direito Empresarial*: Estudos em Homenagem ao Professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. São Paulo: Editora IASP, 2015, p. 339-353.

WAISBERG, Ivo. Direito e Economia – o efeito boomerang do populismo jurídico. In: WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da (coord.). *A empresa no terceiro milênio*: aspectos jurídicos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 647-660.

ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel (org). *Direito & Economia*. Análise econômica do Direito e das organizações. Rio de Janeiro, Campus, 2005.

O CASO MAYAGNA AWAS TINGNI X NICARÁGUA: notas do *decisum* da Corte Interamericana de Direitos Humanos

EL CASO MAYAGNA AWAS TINGNI X NICARAGUA : nota de *decisum* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Letícia Virginia Leidens[195]

Resumo
O presente artigo analisa o caso *Mayagna Awas Tingni versus* Nicarágua julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que responsabilizou o Estado de Nicarágua pela violação de direitos humanos afetos aos direitos indígenas da região. Busca-se pontuar os aspectos peculiares e complexos que envolvem o trato dos direitos dos povos indígenas em questão, bem como ponderar a complexidade da relação estabelecida entre a empresa transnacional, Estado e a Sociedade. A perspectiva visa (re)pensar a partir do superamento das particularidades dos sujeitos que se relacionam, a fim de que todos compartilhem a atribuição de promover e tutelar os direitos humanos.
Palavras-chave: Cor--te interamericana de direitos humanos. Direito indígena. Responsabilização. Violação.

Resumen
Este artículo examina el caso *Mayagna Awas Tingni vs*. Nicaragua juzgado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que culpó al Estado de Nicaragua por la violación de los derechos humanos afecta a los derechos indígenas en la región. El objetivo es anotar los aspectos peculiares y complejas que implican el tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas interesados y teniendo en cuenta la complejidad de la relación entre la empresa transnacional, Estado y Sociedad. La perspectiva apunta a (re) pensar desde superamento las

195 Doutora em Direito pela UGF, Especialista em Direito Comparado pela Università degli Studi di Salerno, Professora Adjunta da Universidade Federal Fluminense – UFF.

particularidades de los sujetos que se relacionan, con el fin de que todos comparten la tarea de promoción y protección de los derechos humanos.
Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Derecho indígena. La rendición de cuentas. Violación.

Sumário: Introdução. 1 Primeiros pontos: direitos humanos e a empresa transnacional. 2 O caso *Mayagna Awas Tingni* x Nicarágua. 3 O direito dos povos indígenas: algumas considerações. 4 Notas acerca da responsabilidade da empresa transnacional. Conclusão. Referências.

Introdução

Um dos fatores imprescindíveis para o investimento bem-sucedido de uma empresa transnacional perpassa pela correta observância dos aspectos jurídicos internos e internacionais. A clareza no trato dos direitos e obrigações atribuídos pela localidade em que a empresa se instala conduzirão os seus limites de atuação, de modo que não afronte a formação social e cultural ali existente. Além disso, vale ressaltar a importância da opção política e econômica adotada pela empresa, eis que deve de alguma medida, percorrer o fomento da erradicação da pobreza, da inclusão do outro, da distribuição de riqueza equitativa e da sustentabilidade ambiental. Esse entendimento visa preestabelecer o papel da empresa transnacional no universo econômico globalizado.

A peculiaridade e complexidade da avaliação reside na relação estabelecida entre as empresas transnacionais, o Estado e a Sociedade, principalmente, no que tange à conciliação dos seus interesses. Nesse cenário, há a necessidade de ponderar a adaptação da empresa que atua em diversos e distintos territórios dispersos do mundo, a qual se condiciona com a diversidade cultural do novo ambiente, incluindo, a estrutura jurídica. Assim, a linha de orientação comum do confronto de interesses dos atores envolvidos, consiste na maior aproximação da observância e promoção dos direitos humanos. O tema direitos humanos aparece como denominador comum, na tentativa de superar as diferenças apresentadas no plano cultural, bem como jurídico, das possíveis leis aplicáveis nas relações travadas com a empresa transnacional.

Noutro campo, acredita-se que a realidade constrói o quadro circunstancial de análise, na pontuação das dificuldades e dos empasses para se traçar denominadores comuns no trato do atual modelo regulatório econômico e comercial internacional juntamente com o tema dos direitos humanos. Isso permite que se realize um percurso acerca dos instrumentos

jurídicos disponíveis, que atuam no sentindo de amenizar as violações de direitos humanos percebidas ao longo do tempo e ponderar os efeitos da incidência desses mecanismos no plano contemporâneo.

Dessa forma, a reflexão reside na análise da decisão da Corte de Interamericana de Direitos Humanos, especificamente, o caso *Mayagna Awas Tingni versus* Nicarágua, que imputa a responsabilidade ao Estado, condenando-o no plano regional----. O caso envolve a afronta ao direito dos povos indígenas em face da atuação de uma empresa transnacional, na exploração madeireira do território indígena, sob permissão do Estado de Nicarágua.

Primeiros pontos: direitos humanos e empresa transnacional

O arcabouço mercadológico necessita trazer para si compromissos e responsabilidades sociais que impacte na promoção dos direitos humanos, de modo a afastar a salientada assimetria jurídica internacional do direito comercial sobre o direito internacional dos direitos humanos. Em análise dos efeitos produzidos pelos mecanismos de controle e repressão à violação dos direitos humanos, resta pendente de pontuação, a responsabilização das empresas transnacionais em relação à observância dos direitos humanos.

Em verificação dessa realidade, o próprio cenário normativo contribui na formação de barreiras institucionais, como evidencia a prevalência, muitas vezes, da disposição das normas processuais ante as normas materiais. Ainda, a presença das câmaras de arbitragens nacionais e internacionais que viabilizam os interesses econômicos, servindo, muitas vezes, de estratégia política de intervenção. Tais fatores ainda que estruturais do cenário jurídico, caminham em contrapartida da materialização dos direitos humanos. De todo modo, ainda que exista mecanismos de fiscalização, como as medidas administrativas, legislativas e judiciárias, adotadas no sistema interno de cada ordenamento jurídico, revista mediante o monitoramento e controle - *national accountability -,* a fim de irradiar a formação de uma cultura da prevalência dos direitos humanos, tal atuação não vem demonstrando a contenção da inobservância desses direitos pelas empresas transnacionais. Isso remonta pontuar que estamos diante de um sujeito de direito internacional complexo, pois os instrumentos disponíveis não estão causando os efeitos desejados. Além disso, o expressivo poderio econômico financeiro e, portanto, político das empresas transnacionais atua como fato gerador de um possível desequilíbrio da aplicabilidade do regramento internacional posto. Diante do exposto, exsurge razões para refletir acerca dos instrumentos de contenção das

violações, bem como na adoção de novos modelos, que passem pela lógica da eficácia e da aplicabilidade normativa interna e internacional capazes de transpor a realidade apresentável.

De qualquer forma, resta necessário revisitar os instrumentos utilizáveis, em que logicamente, a vertente compreende a atuação da jurisdição internacional, que vem assumindo a atribuição de dar respostas à Sociedade, na tentativa de conter preventivamente as escolhas estatais e minimizar a violação consolidada dos direitos humanos *in casu* a ela submetidas.

Em análise específica da tutela dos direitos dos povos indígenas no campo da jurisdição internacional, se verifica que o tema é complexo, eis que contempla o envolvimento de aspectos culturais, espirituais e sociais do(s) sujeito(s) de direito envolvidos, muitas vezes despercebidos pelos operadores do direito (ZUBIZARRETA, 2009, p. 102). Isso, inclusive, justifica a inexistência até o ano de 2014, de qualquer regulamentação legislativa internacional – *hard law* de tutela dos povos indígenas, ante a dificuldade de se estabelecer um consenso entre os Estados acerca do alcance e do conteúdo desses direitos. A orientação jurídica utilizada se limita nas diretrizes traçadas pela Convenção nº 107 e na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT. Essa última introduz ao cenário jurídico uma nova perspectiva no trato desses direitos, caracterizada pelo direito à diversidade, pelo reconhecimento à identidade, o direito à terra e à autodeterminação.

Assim, em decorrência da verificada insuficiência normativa da tutela dos direitos indígenas no plano internacional, resta necessário averiguar como ela se desenvolve no plano aplicativo jurisprudencial, já que o seu alcance introduz a necessária interdisciplinaridade para materializar o seu conteúdo, propriamente dito.

2 O caso *Mayagna Awas Tingni* x Nicarágua

Trata-se de denúncia do povo indígena *Mayagna Awas Tingni* em face do Estado de Nicarágua, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ante a violação do direito à terra da comunidade, materializada pela concessão à companhia Sol Del Caribe S.A. (Solcarsa), para explorar aproximadamente 62.000 (sessenta e dois mil) hectares da Floresta Tropical, sem a consulta comunitária. A fundamentação reside no fato de que a empresa construiu estradas e explorou madeiras na região ocupada pela comunidade (CORTE IDH, 2016).

Antes de submeter o pedido à esfera judicial a Comissão realizou tratativas junto com os peticionários e a via administrativa do Estado, representado no Ministério das Relações e Ministério do Ambiente e Recursos Naturais, a

fim de se buscar uma solução amistosa para a questão. A iniciativa criou uma comissão nacional para realizar a demarcação apontada com a participação da comunidade *Awas Tingni*, no entanto, não foi realizada.

A Comissão de Direitos Humanos submeteu a demanda à Corte Interamericana em 4 de junho de 1998, alegando que o Estado de Nicarágua se omitiu do dever de demarcação das terras comuns e na adoção de medidas efetivas que assegurassem o direito de propriedade da Comunidade *Awas Tingni*. Ainda, alegou que a concessão à empresa Sol del Caribe S.A. (Solcarsa) para a exploração de madeira nas terras comuns da comunidade teria violado os artigos 1º (obrigação de respeitar os direitos), 2º (dever de adotar disposições no direito interno), 21 (direito à propriedade privada) e 25 (proteção judicial), todos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Nesse sentido, o pedido da demanda se pautou na necessidade do Estado de Nicarágua demarcar e reconhecer os direitos de propriedade da comunidade e com isso, se abster de outorgar qualquer concessão que trate do aproveitamento dos recursos naturais das terras usadas e ocupadas. Por via de consequência, o reconhecimento da violação enumerada ensejaria, por si só, a condenação à reparação compensatória de danos e prejuízos sofridos, tanto de ordem material, quanto moral que envolvem a questão.

Já o Estado de Nicarágua, pontuou que o caso não teria esgotado todos recursos jurisdicionais internos, sendo, portanto, inadmissível no plano regional. Além disso, sustentou a legalidade da concessão outorgada à empresa.

O *decisum* da Corte concluiu a partir dos documentos probatórios apresentados aos autos, à época dos fatos, que: a comunidade *Awas Tingni* é uma comunidade indígena, assentada na Costa Atântica de Nicarágua; os membros da comunidade sobrevivem da agricultura familiar, da correlação entre frutas, plantas medicinais, caça e pesca de acordo com a organização coletiva tradicional; a comunidade não possui título real de propriedade; foi outorgada a concessão para o aproveitamento de madeira à empresa Sol Del Caribe S.A. (Solcarsa); em 13 de março de 1996 o Estado de Nicarágua outorgou uma concessão de 30 anos à empresa Sol Del Caribe S.A. (Solcarsa), visando a utilização e aproveitamento florestal de uma área de aproximadamente 62.000 hectares; a empresa foi sancionada em 1997 por ter realizado cortes ilegais em árvores, sem permissão ambiental, situadas na localidade da Comunidade Kukalaya; em 1997 a Corte Constitucional Suprema declarou inconstitucional a concessão realizada à empresa Sol Del Caribe S.A. (Solcarsa), não havendo a reparação dos danos ocorridos. O *decisum* concluiu que a conduta da empresa transnacional violou os direitos humanos suplantados na lide, nesses termos (CORTE IDH, 2016):

declara que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 139 de la presente Sentencia.
declara que el Estado violó el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 155 de la presente Sentencia.
POR UNANIMIDADE
decide que el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 138 y 164 de la presente Sentencia.
decide que el Estado deberá delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 153 y 164 de la presente Sentencia.
declara que la presente Sentencia constituye, per se, una forma de reparación para los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.
por siete votos contra uno,
decide, por equidad, que el Estado debe invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US$ 50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 167 de la presente Sentencia.
por siete votos contra uno

decide, por equidad, que el Estado debe pagar a los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, por conducto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la suma total de US$ 30.000 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de gastos y costas en que incurrieron los miembros de dicha Comunidad y sus representantes, ambos causados en los procesos internos y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 169 de la presente Sentencia.
decide que el Estado debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos cada seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas para darle cumplimiento.
por unanimidad, decide que supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal aplicación a lo dispuesto en el presente fallo.
La preocupación por el elemento de la conservación refleja una manifestación cultural de la integración del ser humano con la naturaleza y el mundo en que vive. Esta integración, creemos, se proyecta tanto en el espacio como en el tiempo, por cuanto nos relacionamos, en el espacio, con el sistema natural de que somos parte y que debemos tratar con cuidado, y, en el tiempo, con otras generaciones (las pasadas y las futuras sociedades multiculturales, y la atención debida a la diversidad cultural nos parece que constituye un requisito esencial para asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos, en los planos nacional e internacional[196]

196 Declara que o Estado violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em prejuízo dos membros da Comunidade *Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, conjugado com os artigos 1.1 e 2 da Convenção de acordo com a instrução no parágrafo 139 da presente sentença. Declara que o Estado violou o direito à propriedade consagrado no artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em prejuízo dos membros da Comunidade *Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, conjugado com os artigos 1.1 e 2 da Convenção, de acordo com a instrução do parágrafo 155 da presente sentença. POR UNANIMIDADE
Decidiu que o Estado deve adotar em seu direito interno, de acordo com o artigo 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, legislativa, administrativa e quaisquer outras medidas necessárias para criar um mecanismo eficaz para delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas de acordo com a lei costumeira, valores, costumes e hábitos, nos termos dos parágrafos 138 e 164 do presente acórdão.
Decide que o Estado deve delimitar, demarcar e título da terra que correspondem aos membros do *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* e cessar, até que a delimitação, demarcação e titulação, os actos que não poderia fazer o agentes do estado, ou por terceiros com a sua aquiescência ou tolerância, para afetar a existência, valor, uso ou gozo da propriedade localizada na área geográfica onde vivem e realizam suas atividades, de acordo com o exposto nos parágrafos 153 e 164 do presente acórdão.
Declara que este julgamento constitui, por si só, uma forma de reparação para os membros da *Mayagna (Sumo) Awas Tingni.* Por sete votos a um, Decide, com justiça, que o Estado deve investir, a título de compensação por danos morais, no prazo de 12 meses, a soma total de US $ 50.000 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América), em obras ou serviços de interesse benefício coletivo da *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, de acordo com este e sob a supervisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de acordo com a instrução no parágrafo 167 da presente sentença. Por sete votos a um, Decide, a justiça, que o Estado deve pagar os membros da *Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, através da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a soma total de US $ 30.000 (trinta mil dólares dos Estados Unidos da América) para os custos e despesas incorridos pelos membros da Comunidade e os seus representantes,

3. O direito dos povos indígenas: algumas considerações

O direito material em questão envolve a violação à terra, vinculada à propriedade ocupada e explorada pela comunidade *Awas Tingni* por um período superior a 500 (quinhentos) anos. Trata-se da tutela dos povos indígenas, complexa do ponto de vista da delimitação do seu conteúdo no campo de incidência do direito internacional dos direitos humanos. Isso se verifica na dificuldade de se fixar uma dogmática internacional específica acerca do tema do resguardo desses povos, ante a inúmeras tratativas infrutíferas da formação de um estatuto dos povos indígenas. Em análise técnica, os motivos determinantes resultam dos visíveis obstáculos de enquadrar os povos indígenas na categoria da tutela dos vulneráveis. Para além de uma separação categórica – de enquadramento do conteúdo em categorias jurídicas -, vale mencionar que a tutela deve percorrer as particularidades, nos termos da definição geral apresentada pelo Relator Especial das Nações Unidas, Martinez Cobo (1987, p. 479):

> Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems[197].

tanto os causados nos processos internos e no processo internacional perante o sistema interamericano de proteção, de acordo com a instrução no parágrafo 169 do presente acórdão .

Decide que o Estado deve apresentar à Corte Interamericana de Direitos Humanos a cada seis meses a contar da notificação da presente decisão, um relatório sobre as medidas tomadas para cumprir. Por unanimidade, decide monitorizar o cumprimento desta sentença e vai fechar este caso uma vez que o Estado cumpriu plenamente as disposições deste fracasso. A preocupação com o elemento de conservação reflete uma manifestação cultural da integração do ser humano com a natureza e o mundo em que vive. Esta integração, acreditamos, é projetada no espaço e no tempo, porque nos relacionamos, no espaço, com o sistema natural de que somos parte e deve ser tratado com cuidado, e, no tempo, com outras gerações (passado e sociedades multiculturais futuras, e a devida atenção à diversidade cultural parece-nos que é essencial para garantir a eficácia das normas de proteção dos direitos humanos na exigência de níveis nacional e internacional. (Tradução Nossa).

197 Comunidades indígenas ou de povos são aquelas que, tendo uma continuidade histórica que decorreu de pré-invasão e inserção colonial, ainda assim, tais sociedades se consideram distintas de outros setores sociais prevalecentes nesses territórios, ou partes deles. Eles formam a setores não dominantes atuais da sociedade e estão determinados a preservar, desenvolver e transmitir às gerações futuras seus territórios ancestrais, e sua identidade étnica, como a base de sua sobrevivência como povos, de acordo com seus próprios padrões culturais, sociais instituições e sistemas legais. (Tradução Nossa).

Dessa forma, a formação do teor do direito coletivo dos povos indígenas compreende uma análise conjunta entre os fatores oriundos da etnia, da cultura, da história, do idioma, do território e da relação do povo com a natureza. Necessariamente, para formação e avaliação desses parâmetros, faz-se necessário considerar elementos históricos, antropológicos e sociais que envolvem a análise, a fim de delimitar a extensão jurídica dos direitos humanos violados, razão da pontuação a seguir.

O desenvolvimento do território da América Latina conta com a passagem da ocupação das terras dos nativos aos colonizadores e, num segundo plano, com a criação dos Estados Nacionais, os quais assumem tal apropriação. Trata-se, portanto, de um direito consuetudinário, apresentado anteriormente à figura estatal, acerca de uma área exclusiva de utilização comum e coletiva ocupada pela comunidade indígena, muitos chamados de nativos. Essa apropriação consolidada no tempo, forma a identidade cultural e espiritual desses povos, manifesta nos nossos dias sob resguardo da preservação dos sítios sagrados. Com o passar dos anos, a cultura e o contato especial que os povos indígenas possuíam com a terra, adquiriram uma fisionomia jurídica, sob a forma do direito indígena, reconhecido pelo direito positivo[198]. O reconhecimento jurídico dos direitos indígenas contribuiu para o desenvolvimento da preservação histórica e cultural dos territorios, consolidando fatores imprescindíveis para o gozo dos seus direitos. Trata-se da materialização e o assentimento do direito à cultura, direito à participação, direito à identidade, direito à sobrevivencia de um grupo que, embora, inserido na Sociedade, necessita de uma tutela específica. Isso se justifica na exclusão e marginalização perpetrada pela propria Sociedade.

Em análise do antropólogo Theodore Macdonald Jr., no parecer acerca das características da comunidade *Awas Tingni*, restou expressa que se constitui como um grupo que possui a sua propria liderança, forma de organização social e se reconhece como uma comunidade indígena. A exploração do solo ocorre por um sistema de uso comum, ou seja, usufruto dos membros, adquirido com o passar das gerações e outorga consensual do direito à terra, não estando nesse contexto a venda ou a troca exploratória por terceiros, sem o seu consentimento (CIDH, 2016).

198 Lo comprenden los Trabajos de las Naciones Unidas, en el Proyecto de Declaración de los Derechos de los Indígenas, lo comprende la Organización de Estados Americanos, en el Proyecto de Derechos Indígenas, lo recoge la Organización Internacional del Trabajo, en el Convenio 169. Hasta ahora el reconocimiento de esos derechos indígenas es meramente formal, ya que no se ha podido adelantar en la reglamentación de los mismos. El Convenio de la OIT los recoge en forma general e impone el reto de traducir estas normas en reglamentaciones a nivel nacional para que sean efectivas.

Sob essa análise, verifica-se que a comunidade indígena apresenta uma forma de vida distinta da Sociedade em geral, caracterizada pela forte ligação com a terra, como fator provedor da subsistência, da prática dos credos e da manifestação da sua identidade. Tais elementos, os instituem como diferentes integrantes do corpo social, uma das fontes geradoras do aumento da discriminação, exclusão social e marginalização. O antropólogo e sociólogo Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum (2016) menciona que:

> Hay que entender la tierra no como un simple instrumento de producción agrícola, sino como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de estos pueblos. La mayoría de los pueblos indígenas en América Latina son pueblos cuya esencia se deriva de su relación con la tierra, ya sea como agricultores, como cazadores, como recolectores, como pescadores etc. El vínculo con la tierra es esencial para su autoidentificación. La salud física, la salud mental y la salud social del pueblo indígena están vinculadas con el concepto de tierra. Tradicionalmente, las comunidades y los pueblos indígenas de los distintos países en América Latina han tenido un concepto comunal de la tierra y de sus recursos[199].

Justamente por se tratar da tutela um grupo peculiar, resistente com as novas possibilidades de se viver trazidas pelo tempo, o Estado possui um papel fundamental, na tentativa de reduzir as fronteiras entre seus entes sociais e reconhecer a identidade da comunidade indígena como ator cultural dessa mesma Sociedade. Nesse sentido, há de se destacar que o Estado de Nicarágua já com tempo passa por um processo de implementação da promoção de políticas de integração e incorporação das comunidades indígenas localizadas no seu território, ante a visualização de grandes tensões sociais entre seus atores.

A dificuldade não reside somente na esfera local, pois perpassa por obstáculos na ordem internacional e principalmente, em se tratando da esfera jurídica em que se deve reconhecer o conteúdo que regula a relação dos povos indígenas com a terra. A carência no trato do tema se se visualiza no plano legislativo, em que se exige uma definição das caracterizações dos direitos, a fim de delimitar os limites da atuação privada e pública nas relações

199 Entender a terra não como um mero instrumento de produção agrícola, mas como uma parte do espaço geográfico e social, simbólica e religiosa, com a qual a história e a dinâmica atual destes povos estão ligados. A maioria dos povos indígenas na América Latina são povos cuja essência é derivado de sua relação com a terra, quer como agricultores, caçadores, coletores, pescadores, etc. A ligação com a terra é essencial para a sua autoidentificação. Saúde física, saúde mental e saúde social dos povos indígenas estão ligadas com o conceito de terra. Tradicionalmente, comunidades e povos indígenas em diferentes países da América Latina tiveram um conceito comunal da terra e seus recursos. (Tradução Nossa).

estabelecidas com eles. Além do plano legislativo, a fixação de políticas administrativas de promoção da identidade do grupo social para os demais atores, de modo que não afronte as expectativas da convivência com o outro (D. CARREAU, P.; JUILLIARD, 2006. p. 89)

Para tanto, faz-se necessário formular um ajuste de conduta entre os principais atores sociais, que compreende a atuação estatal e das empresas promotoras do desenvolvimento econômico e social da população. No caso, evidencia-se a noção de que a empresa transnacional deve assumir um papel fundamental no auxílio da tutela e promoção desses direitos, principalmente no que se refere à América Latina. O diálogo deve ser permanente, inclusivo e esclarecedor para que seja possível destacar a sua funcionalidade no plano interno e internacional.

4. Notas acerca da responsabilidade da empresa transnacional

In casu, a Corte Interamericana de Direitos Humanos delimitou que a tutela dos direitos indígenas é composta pelos elementos formativos e permanentes, consagrados pelo tempo e expressos no direito à identidade, à cultura, à participação e à sobrevivência. Nesse sentido, quaisquer ações ou omissões da Sociedade que afrontem esse núcleo essencial violam os direitos do povo comunitário. A análise factual determinou a responsabilidade do Estado de Nicarágua pela concessão de exploração de madeiras delegada à empresa companhia Sol Del Caribe S.A. (Solcarsa) em território de propriedade da comunidade indígena, inobservado os direitos inerentes do povo indígena. Tal conduta afrontou a previsão da Constituição de 1987[200] do Estado de Nicarágua, que resguardara o direito de propriedade dos povos indígenas sob o exercício da autonomia.

Nesse sentido, pontua-se que a previsão legislativa, mesmo que genérica não foi suficiente para evitar os danos causados à comunidade. Tanto que a orientação da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi no sentido de que o Estado deva assegurar no plano legislativo a demarcação da área indígena, bem como certificar o justo título da propriedade da comunidade. A partir da perspectiva da obrigação de fazer imposta, abre-se a especulação acerca dos efeitos da sentença regional para o alcance da tutela dos direitos da comunidade internacional. Isso porque a demanda submetida à Corte Internacional deve servir como parâmetro para a reparação do caso concreto e significância de um mecanismo efetivo no trato das violações

200 Vide artigos 5ª, 89 e 180 da Constituição de Nicarágua.

de direitos humanos. Além disso, aproveitada como fator preventivo à Sociedade e aos Estados, a fim de ajustar faltas ou possíveis omissões encontradas no interior de cada ordenamento jurídico.

O questionamento reside que, em se tratando de uma relação jurídica que envolve três vertentes, a empresa transnacional, o Estado e a Sociedade, a partir da decisão analisada foi determinada a reparação do dano com a indenização de ordem moral e material ao grupo indígena, sob responsabilidade imputada ao Estado. Nesse sentido, exsurge a análise dos efeitos dessa decisão e o impacto que ocasiona para Sociedade, inclusa as empresas transnacionais.

O conceito de responsabilidade social de uma empresa não deriva de uma criação jurídica, mas do próprio sistema empresarial, ou seja, da sua organização, seus comportamentos acompanhados e monitorados, principalmente, por economistas no processo de implementação da globalização. O debate envolveu inicialmente, os interesses que os empresários perseguem, assim como os dos acionistas de uma sociedade ou da instituição promotora dos seus serviços. Ainda, o confronto com a visão de liberdade da empresa e livre concorrência assentada na contemporaneidade, elementos dominantes da economia internacional, onde se inicia um processo de transformação cultural com a inserção da ética nas relações econômicas (NOLLKAEMPER, 2006, p. 67).

Nesse sentido, a necessidade de inserção da ética nos negócios aparece difundida em âmbito internacional e nacional, manifesta na preocupação em aspectos de ordem social, ambiental e ética comunitária. Nessa perspectiva, o conceito de responsabilidade social da empresa ganha novos contornos, eis que determina a consideração atenta de tais elementos nas definições de estratégia, articulação política e procedimentos do cotidiano. Assim, a responsabilidade social aparece como um dever dos empresários, seja na tomada de decisão, seja nas linhas de ações que encaminham seus objetivos e os valores reconhecidos pela empresa transnacional, seguindo a linha de (MORGERA 2009, p. 11) *private companies should no longer base their actions on the needs of their shareholders alone, but rather have obligations towards the society in which the company operates*[201].

A necessidade da mudança de perspectiva aparece pela reiteração de comportamentos abusivos, que acarretam graves danos para comunidade do Estado hospedeiro da atividade produtiva. Os abusos nem sempre surgem em violações de ordenamentos nacionais, mas progressivamente decorrentes da falta de um confronto complexo de princípios definidos como integrantes

201 Empresas privadas não devem basear suas ações nas necessidades de seus acionistas isoladamente, mas sim na perspectiva da adoção de obrigações para com a Sociedade em que a empresa opera. (Tradução Nossa).

de uma ampla esfera de responsabilidade social internacional da empresa, que implique a perda da sua reputação e possível redução de sua cota no mercado internacional.

No geral, o conceito da responsabilidade da empresa transnacional decorre de ordenamentos nacionais e em particular dos ordenamentos jurídicos dos Estados industrializados, que identificam regramentos de distintas naturezas e setores que disciplinam a sociedade comercial. Em países desenvolvidos a responsabilidade empresarial não é codificada num setor específico, mas representa um sistema complexo de normas que regulam os diversos aspectos da atividade. Já em países em desenvolvimento, ao contrário, tais normativas são fragmentadas, ou até mesmo inexistentes. Essa situação permite que a responsabilidade empresarial transnacional tire vantagens dos aspectos legislativos presente nesses países, como se verifica no caso do Estado de Nicarágua.

Essas pontuações permitem considerar que no trato de relação entre Estado, empresa transnacional e sociedade, resta necessário se estabelecer uma unificação de um "sistema" de fontes do direito internacional para (re) definir condutas e apurar responsabilidades sociais da empresa. Assim, a análise dos efeitos da decisão analisada da Corte Interamericana de Direitos Humanos, residiu na imputação da obrigação de se estabelecer a regulação da tutela dos direitos indígenas no plano legislativo e administrativo e na criação de mecanismos efetivos para delimitação, demarcação e titulação das suas terras. A decisão regional se autodetermina como um mecanismo de reparação da violação propriamente dita, justamente pelo impacto político e social que envolve as partes. Além da imputação das obrigações de fazer, o *decisum* utiliza os instrumentos tradicionais de reparação de dano, de ordem material e moral, consoante à indenização pecuniária ao grupo de vítimas que sofreu a violação dos direitos humanos em debate.

Diante desse cenário, a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Estado por práticas abusivas ao direito do povo indígena, envolveu além da transgressão estatal, uma prática, ainda que autorizada pelo mesmo, de uma empresa transnacional. Isso por si só, não altera a inobservância estatal, mas emerge especulações entorno da responsabilidade empresarial no trato dos direitos humanos, justamente onde se depara com um sistema interno insuficiente no compromisso dos direitos humanos. Por isso, para que a sentença tenha um efeito também preventivo para futuros casos, o resultado da aplicação legislativa no plano regional deve ultrapassar o imediatismo do fato, ante o impacto político e moral desse instrumento (COMBA, A.; GREPPI, E., 1990, p. 14).

Conclui-se pela necessidade de se estabelecer novos parâmetros e diretrizes orientativas na convivência entre Estado, Sociedade e empresas transnacionais. Pontua-se algumas hipóteses e critérios possíveis, já utilizados no cenário europeu na tentativa de contribuir para a formação regulatória da questão: identificar e esclarecer a responsabilidade em matéria de direitos humanos do setor privado; reconstruir um quadro no plano interno e internacional de regulamentação do Estado e da empresa transnacional nessa matéria; adotar medidas de verificação no plano internacional acerca das boas práticas empresariais com publicização aos Estados; disponibilizar sentenças das cortes internacionais de direitos humanos que condenaram Estados pela responsabilização da violação de direitos humanos, envolvendo no plano fático as empresas transnacionais. Isso deve refletir a promoção de novas posturas e comportamentos em prol da observância dos direitos humanos em zonas de conflito de interesses.

Conclusão

O presente trabalho objetivou esclarecer a atual perspectiva da regulamentação das atividades desenvolvidas pelas empresas transnacionais, sob a análise de um caso específico submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Mayagna Awas Tingni versus* Nicarágua. O *decisum* deixou claro, na imputação da responsabilização estatal da violação de direitos humanos, que ele não dispunha de instrumentos que regulassem a demarcação de terras da comunidade, tampouco assegurassem o seu direito de propriedade. A carência legislativa e administrativa no trato desses direitos perpassa pela peculiaridade do conteúdo objetivo, a qual foi objeto de cobrança da Corte, como elemento mínimo de satisfação desses direitos.

Sobre o ponto de vista da prática empresarial trazida pelo caso concreto, ressalta-se que no quadro da globalização, as empresas transnacionais detêm o principal motor do crescimento econômico, dos países exportadores, mas sobretudo, de países mais pobres. A resposta jurídica para o efeito é encontrada no âmbito das organizações internacionais como ONU e OIT, visando definir princípios e linhas gerais de regulamentação comercial conjugada com a adoção e respeito dos direitos humanos. No direito estrangeiro comparado, o sistema europeu determina que a responsabilidade empresarial obedece às políticas institucionais, as quais criam um quadro normativo regulamentar, que possibilita o acesso à transparência e a disciplina dos negócios estatais. Assim, busca-se traçar a possibilidade de reflexão acerca da necessidade de se estabelecer novas posturas das empresas transnacionais no

trato dos direitos humanos, eis que não há uma disposição regulamentar no plano interno, internacional e do próprio estatuto da empresa transnacional que minimize as perpetradas violações da matéria.

Portanto, conforme enumerado no último tópico do artigo, a proposta residiu em (re)avaliar a implementação das possibilidades hipotéticas suscitadas no plano fático e legislativo das empresas transnacionais, nas seguintes perspectivas: identificar e esclarecer a responsabilidade em matéria de direitos humanos do setor privado; reconstruir um quadro no plano interno e internacional de regulamentação do Estado e da empresa transnacional; adotar medidas de verificação no plano internacional acerca das boas práticas empresariais com publicização aos Estados; disponibilizar sentenças das cortes internacionais de direitos humanos que condenaram Estados pela responsabilização da violação de direitos humanos, envolvendo no plano fático as empresas transnacionais.

REFERÊNCIAS

A. COMBA, E. GREPPI, Voce Ordine economico internazionale. In: **Enciclopedia Giuridica**, Milano, 1990

A. NOLLKAEMPER Responsibility of Transnational Corporation in International Environmental Law: Three Perspectives. In: WINTER, G. (ed.). **Multilevel Governance of Global Environmental Change**. Perspectives from Science, Sociology and the Law, Cambridge, 2006.

ANICAMA, Cecilia. **Las responsabilidades del Estado para regular y judicializar las actividades empresariales en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos:** Informe sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos, abril de 2008. (Disponível em espanhol em: ≤http://www.reports-andmaterials.org/Anicama-responsabilidad-del-estado-bajo-sistema-interamericano-abr-2008.pdf>).

CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW (CIEL). **Garantindo a responsabilização na OPIC:** um guia do cidadão sobre os mecanismos de responsabilização. Securing Accountability at OPIC: A Citizen's Guide to the Accountability Mechanism at the Overseas Private Investment Corporation, Outubro 2007. (Disponível em inglês em: ≤http://www.ciel.org/Publications/OPIC_Oct2007.pdf>).

COBO, Martinez. **Study of the problem of discrimination against indigenous populations**. UN-Doc. E/CN.4/ Sub.2/, 1987.

CORTE IDH. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>. Acesso em: 20 abril de 2016.

CARREAU, D.; JUILLIARD, P. Droit international economique, cit.; PORRO, G. **Studi di diritto internazionale dell'economia**, Torino, 2006.

MORGERA, E. Corporate Accountability. In: **International Environmental Law**, Oxford, 2009.

BORGIA, F. **La responsabiltà sociale delle imprese multinazionali.** Napoli, 2004.

MEMORANDO: tendências no uso do direito corporativo e do ativismo de acionistas para ampliar a responsabilidade das empresas frente aos Direitos Humanos, Fried, Frank, Harris, Shriver & Jacobson LLP, dezembro de 2007. (Disponível em inglês em: <http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/ Home/Materialsbytopic/Corporatelaw>).

GRUENBAUM, Rodolfo Stavenhagen. Disponível em: <https://www1.umn.edu/humanrts/iachr/AwasTingnicase.html>. Acesso em: 08 mar. de 2016.

P. PICONE, G. SACERDOTI, **Diritto internazionale dell'economia**. Milano, 1989;

ZUBIZARRETA, Juan Hernández. **Las empresas transnacionales frente a los Derechos Humanos:** historia de una asimetría normativa. Bilbao: HEGOA; Madrid: Observatorio de las Multinacionales en America Latina – OMAL, 2009. (Disponível em espanhol em: <http://pdf2.hegoa.efaber.net/entry/content/434/las_empresas_transnacionales_juan_hernandez.pdf>).

EMPRESAS TRANSNACIONAIS E O NOVO INTERNACIONALISMO OPERÁRIO:
breve estudo sobre acordos macrointernacionais

EMPRESAS TRANSNACIONALES Y EL INTERNACIONALISMO OBRERO NUEVO:
breve estudio de los acuerdos marcointernacionales

Márcio Túlio Viana[202]
Maíra Neiva Gomes[203]

Resumo
A globalização acelerada tende a abalar a estrutura de todo o sistema jurídico moderno, edificado na noção de Estados Nacionais. Em um primeiro momento, o sindicalismo tentou evitar a consolidação de tal processo. Ao perceber que este era inevitável, passou a utilizar os próprios instrumentos do sistema para resistir à exploração do trabalho em escala global. O presente estudo tem como objetivo analisar a organização dos trabalhadores em redes internacionais e o novo instituto normativo dela derivado, os Acordos Macro Internacionais.

Palavras-chave: Negociação coletiva. Globalização. Acordos Macro Internacionais.

Resumen
La globalización acelerada tiende a socavar la estructura de todo el sistema jurídico moderno, construido sobre la noción de los estados nacionales. Al principio, los sindicatos trataron de impedir la consolidación de este proceso. Al darse cuenta de que esto era inevitable, él comenzó a utilizar los mismos instrumentos del sistema para resistir la explotación del trabajo a escala mundial. Este estudio tiene

202 Prof. Dr. Márcio Túlio Viana. Professor do PPGD PUC Minas. Desembargador do Aposentado do TRT 3ª Região.
203 Maíra Neiva Gomes. Mestre e doutoranda em Direito do Trabalho, Modernidade e Democracia PUC Mias. Professora de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito Milton Campos, Fumec e ESA/Dom Helder (pós-graduação *lato sensu*).

como objetivo analizar la organización de los trabajadores en las redes internacionales y el nuevo instituto legal derivada de la misma, los acuerdos de Macro International.

Palabras clave: La negociación colectiva. Globalización. Acuerdos Macro Internacionales.

1. Considerações iniciais

A globalização tende a abalar todas as concepções modernas, inclusive no que diz respeito à aplicação de normas jurídicas.

O Direito do Trabalho tradicional possui um claro traço nacionalista, porque seus institutos foram consolidados no ápice dos Estados Nacionais, sendo que sua racionalidade econômica baseia-se na ideia keynesiana de fomento do consumo interno.

No entanto, desde a crise do petróleo (1973/74 – 1978-79), o capitalismo passou a se organizar de forma supranacional, acentuando o processo de divisão internacional do trabalho.

Em um primeiro momento, o sindicalismo buscou ações que evitassem a concretização do processo acelerado de globalização. Ao perceber que o processo era inevitável, mudou a tática de resistência e passaram a ser organizar em redes internacionais de solidariedade.

Tais redes de solidariedade internacional dos trabalhadores estão fazendo emergir um novo modelo de normatização das relações trabalhistas, o modelo transnacional.

O objetivo do presente estudo é analisar a formação de tais redes de solidariedade, bem como os AMI – Acordos Macro Internacionais – já celebrados por duas categorias: bancários e metalúrgicos.

2. A globalização financeira e a construção dos blocos comunitários

Para Delgado (2006), a globalização é uma fase do capitalismo que se caracteriza por uma vinculação estreita entre os diversos sistemas nacionais, regionais ou comunitários, de modo a criar um parâmetro relevante para o mercado: a noção de globo e não mais de regiões.

Tal processo tende a afetar as regiões e suas realidades econômicas, sociais, políticas e culturais. O nível de intensidade e de qualidade de integração econômico-social de certo país ao quadro do sistema capitalista pode aprofundar ou restringir os reflexos do processo globalizante, determinando sua aptidão de receber maiores ou menores vantagens ou restrições.

Martina Sproll, pesquisadora da Universidade Livre de Berlim e ex-sindicalista[204], relata como os blocos regionais e, em especial, a União Europeia podem determinar tal inserção, ao falar sobre a crise da Grécia:

> O objetivo da UE - União Europeia – era formar um bloco econômico para se contrapor à hegemonia norte-americana. A UE expressa uma solidariedade somente entre o capital e não dos cidadãos e Estados Nacionais que a compõe. É uma instituição econômica integrada às estruturas políticas, dominada pelas duas maiores economias, Alemanha e França.
> Na atual crise econômica ficou bem claro que a UE não comporta decisões comunitárias, uma vez que são os dois Estados Nacionais que lideram o bloco – Alemanha e França - que tomam as decisões.
> As aberturas de fronteiras dentro da UE foram ruins para os trabalhadores, pois não significaram a livre circulação de bens e indivíduos, mas sim a nivelação, para baixo, dos direitos trabalhistas.
> A OIT e sua intenção de combater o *dumping social,* através do estabelecimento de um patamar trabalhista mínimo, se enfraqueceram com o processo de globalização e, no caso europeu, com a formação do bloco da UE. Os direitos dos trabalhadores alemães, por exemplo, foram corroídos a partir da formação da UE. A proteção contra o desemprego diminuiu muito, além de outros importantes direitos.
> Além disso, a moeda distinta, antes do euro, permitia às economias nacionais se rebalancearem, através de valorizações e desvalorizações. A moeda única impossibilita o controle de câmbio, o que favorece os países ricos do bloco europeu, ao custo das economias dos países pobres, que são obrigados a cortar verbas sociais para impedir o endividamento externo.
> Com relação a crise grega, observa-se a severidade imposta à Grécia pela UE. A Grécia, assim como a Alemanha, maior economia da UE e líder de exportações, não cumpriu várias determinações do bloco econômico, com relação ao endividamento interno e externo. Porém, a Grécia foi a mais penalizada, pois é totalmente dependente de importações.
> O perdão de 50% da dívida grega, anunciado essa semana, tem como condicionante severos cortes sociais. A Grécia está em uma encruzilhada. Só receberá ajuda com cortes, mas esses significarão o aprofundamento da crise. Por isso, o povo grego tem se rebelado. (Informação oral).[205]

204 Martina Sproll era eletricista industrial da *Thyssenkrupp* e diretora do *IGMetall*. Na década de 1990, seu sindicato a enviou para o Brasil para cursar sociologia. Ela se formou pela UFMG, retornou à Alemanha, doutorou-se em sociologia do trabalho e hoje é pesquisadora da Universidade Livre de Berlim. Atualmente, desenvolve pesquisa comparada, na Alemanha e no Brasil, sobre os trabalhadores do ramo financeiro e os impactos dos sistemas econômicos nacionais nas relações de trabalho.

205 Em entrevista concedida no dia 31/10/2011.

Um dos traços estruturais dessa nova fase do capitalismo, iniciada ainda na segunda metade do século XX, é a generalização da produção e circulação de mercadorias a diversos pontos diversificados no planeta, para além do núcleo capitalista central: Europa e EUA.

A consolidação de tal processo globalizante passou pela formação de blocos econômicos, sem, no entanto, implicar efetiva interdependência entre países e regiões, uma vez que se acentuaram antigas dependências e criam-se novas.

Ou seja, a globalização não reflete efetiva ruptura com fases e processos anteriores, e sim transformação e/ou aprofundamento das relações de dominação. O sistema capitalista sempre teve como tendência a sua própria generalização, exteriorização e estabelecimento de laços com economias externas aos centros hegemônicos. Globalização é, portanto, aprofundamento de tal processo.

O capitalismo global foi possibilitado pela queda do Muro de Berlim, em 1989, o que fez desaparecer a dicotomia mundial estabelecida no fim da Segunda Guerra Mundial, entre países capitalistas e "comunistas".[206] O mundo agora já não é mais polarizado e nem tão facilmente categorizado. O avanço do capitalismo é global, mas em escalas e intensidades diferenciadas. Tal processo, como dito anteriormente, se dá a partir da formação de blocos comunitários, com a consolidação de lideranças regionais que intensificam os laços de dominação entre países.

Porém, não é somente a relação desigual entre nações – característica que sempre esteve presente no capitalismo – que determina a dependência de uns povos em relação aos outros. Outra característica elementar da atual fase do capitalismo é a intensa dominação econômica do capital sem pátria, que não estabelece qualquer vínculo mais duradouro e que está presente em todo o globo. O capital especulativo financeiro estabeleceu uma rede de controle, em escala mundial, que impõe às nações e povos os seus interesses, sem apresentar qualquer contrapartida.

3. A dominação mundial do capital financeiro

206 Os autores ressalvam seu entendimento de que não compreende a antiga URSS e a República Popular da China como países genuinamente comunistas, uma vez que a noção de ditadura permanente contraria os próprios pensamentos de Marx que idealizava uma sociedade de indivíduos livres. É importante notar que, para Marx e Engels, a ditadura do proletariado seria apenas uma fase. No entanto, hoje em dia, devido aos processos históricos traumáticos, nem mesmo uma ditadura provisória parece se adequar à necessidade de construção de uma sociedade livre. Apesar de Marx ter se dedicado a compreender a fonte de aprisionamento humano no trabalho, devido à propriedade privada dos meios de produção, ele contribuiu para a formação de um pensamento pautado na noção ampla de liberdade, não restrita apenas às condições de sobrevivência. Na opinião dos autores, apesar da análise de Marx ter se fundamentado, quase que exclusivamente, no aspecto econômico, o pensamento marxiano de hoje, desde as contestações da década de 1960, parece não comportar mais a negação da democracia.

O domínio, quase absoluto, do capital financeiro especulativo, sem qualquer compromisso com a noção de produção, permitiu o aprofundamento dos laços de endividamento das regiões periféricas ao capitalismo central.

Além disso, na atual etapa do capitalismo globalizado, a riqueza tem se concentrado rapidamente. Esse fato é resultante da própria dinâmica capitalista de acúmulo e reinvestimento, em busca da maximização das taxas de lucro. A alta concentração de riquezas também pode ser considerada consequência da destruição de pilares culturais e jurídicos que constituíram o Estado de Bem-Estar Social, tais como a valorização do trabalho, a busca do pleno emprego, a inclusão social e a distribuição gradativa de riquezas.

Euclides André Mance (2002) adverte que a lógica capitalista de concentração reduz o volume de recursos socialmente distribuídos em forma de salários e outros direitos sociais. Desta forma, o mercado consumidor se restringe cada vez mais, o que acirra a concorrência empresarial. Consequentemente, as empresas incrementam a inovação tecnológica, ampliando o volume de tempo disponível, o que provoca a extinção de postos de trabalho, gerando uma multidão de excluídos.

É interessante notar que a globalização e a competitividade internacional são temas recorrentes nos discursos empresariais que tentam sustentar a ideia de necessidade de corrosão dos direitos trabalhistas.[207] Segundo tais argumentos, é necessário adotar modelos "modernos" de gestão da força de trabalho, que diminuam as proteções sociais, para que as economias se insiram na concorrência internacional. Na audiência sobre terceirização realizada pelo TST nos dias 04 e 05 de outubro de 2011, o representante da FIESP – Federação Industrial do Estado de São Paulo - e diretor de relações de trabalho da FIAT, Sr. Adauto Duarte, chegou a defender o entendimento de que a terceirização era elemento necessário para que o Brasil se mantivesse na concorrência internacional.

Talvez o processo de globalização seja, na verdade - na perspectiva do capital - um meio de aprofundar as dependências das economias mundiais e dos indivíduos em relação aos empregadores, com intuito de erigir novos líderes do capitalismo mundial. Mas os novos líderes, agora, não são mais países, e sim os poucos que concentram o poder econômico e que se restringem ao um número limitadíssimo:

207 Esse discurso está presente também nos "101 pontos da CNI – Confederação Nacional das Indústrias", documento apresentado pelo setor empresarial ao Governo Federal e à sociedade, no ano de 2012, no qual se propõe a retirada de diversos direitos trabalhistas como única alternativa para inserção do Brasil no cenário da concorrência empresarial internacional.

> [...] nós temos 500 grandes corporações transnacionais que governam o mundo. Qualquer setor da atividade econômica que nós olhamos tem quatro, cinco grandes corporações que dominam o mercado. Nós estamos vivendo uma época que não são mais os países que governam o mundo, mas as grandes empresas. (POCHAMANN, 2009, p. 158).

Mesmo se considerarmos a possível imprecisão do número apontado por Pochamann (2009), um interessante estudo, divulgado em 2011, demonstra a grande concentração do poder econômico, em escala mundial, em nossa época.

Matemáticos pesquisadores do Instituto Federal de Tecnologia de Lausanne, Suíça, analisaram as relações entre 43.000 empresas transnacionais, a partir de uma base de dados com 37 milhões de empresas e investidores, e concluíram que um pequeno número delas - sobretudo bancos – tem um poder desproporcionalmente elevado sobre a economia global.[208]

Modelos matemáticos foram aplicados para construir simuladores, com o objetivo de pesquisar os dados corporativos disponíveis mundialmente. O resultado foi um mapa que traça a rede de controle acionário entre as grandes empresas transnacionais em nível global.

Refinando ainda mais os dados, o modelo final revelou um núcleo central de 1.318 grandes empresas. O estudo dos laços formados entre tais empresas - na média, cada uma delas tem 20 conexões com outras – revelou que o núcleo central de poder econômico concentra 20% das receitas globais de venda. Porém, as 1.318 empresas, em conjunto, detêm a maioria das ações das principais empresas do mundo - as chamadas *blue chips*[209]- nos mercados de ações. Ou seja, elas detêm um controle sobre a economia real que atinge 60% de todas as vendas realizadas no mundo.

Ao desfiarem o emaranhado dessa rede de propriedades cruzadas, os cientistas identificaram uma superentidade de 147 empresas, intimamente inter-relacionadas, que controla 40% da riqueza total daquele primeiro núcleo central de 1.318 empresas.[210]

Tais dados tendem a demonstrar que hoje o capital não tem pátria e se concentra em uma intensidade muito profunda.

---

208 Fonte: Site Inovação tecnológica: tudo o que acontece na fronteira do conhecimento.

209 São as empresas líderes em seus ramos econômicos.

210 O estudo foi realizado pelos matemáticos Stefania Vitali, James B. Glattfelder e Stefano Battiston foi intitulado *"The network of global corporate control"*. Encontra-se publicado na edição de 19 de setembro de 2011 do jornal *Cornell University Library* (VITALI; GLATTFELDER; BATTISTON, 2011; JORNAL CIENTÍFICO PLOSOONE, 2011).

4. A divisão internacional do trabalho como elemento do capitalismo

Para Pochamann (2007), o estímulo à eficiência e à concorrência, típicos do capitalismo e presentes desde seu nascedouro – embora em complexidades bem distintas ao longo do tempo – levou ao desenvolvimento de sociedades com padrões de desenvolvimento diferenciados, uma vez que o capitalismo sempre repartiu, de forma desigual, o trabalho pelo mundo. Desta forma, o padrão dos mercados de trabalho, até hoje, não dependem apenas do desenvolvimento dos países, mas também da forma de inserção destes na economia mundial.

Assim, a estratificação e hierarquização da economia mundial – estimulada por laços de dominação e dependência entre as nações - é resultado da lógica de funcionamento do próprio sistema capitalista como um todo.

A correlação de forças entre os países também é um fator relevante na determinação da divisão internacional do trabalho, assim como a concentração de poder político, econômico, tecnológico e militar em alguns poucos países.

A economia mundial acaba se estruturando nas relações entre países periféricos e países centro, sendo que estes últimos são o *lócus* privilegiado de poder de comando, onde predominam atividades de controle do excedente das cadeias produtivas, produção e difusão de novas tecnologias.

Por sua vez, nos países periféricos há subordinação às lógicas financeiras, creditícias e de apropriação do excedente econômico, bem como absorção de tecnologia já ultrapassada dos países centrais. Tais economias são, historicamente, voltadas para exportação de matérias-primas e importação do excedente produtivo de manufaturados produzidos nos países centrais.

Para Pochamann (2007), após o fim da Segunda Guerra Mundial, surgiram países semiperiféricos, como as economias planejadas do bloco da antiga URSS – não tão dependentes de geração de tecnologia e nem subordinadas ao poder dos países centrais, pois configuravam economias que não se inseriam na relação internacional capitalista.

Porém, alguns países semiperiféricos também possuem economias capitalistas, tais como o Brasil, dependentes de tecnologia, que se subordinavam ao comando central e se apropriam dos excedentes produtivos deste, mas que conseguiram alcançar uma posição intermediária na economia mundial, pois internalizaram algum grau de industrialização.

São denominados pela literatura econômica de *Newly Industrializing Countries*[211] – NIC –, ou seja, países que se submeteram a um rápido crescimento econômico, geralmente impulsionado pela exportação e cuja

211 Países recém-industrializados.

industrialização é incipiente ou está em andamento. Muitas vezes, em tais países, o desenvolvimento agrícola utiliza processos de industrialização intensificada e suas economias são abertas, permitindo livre comércio com outras nações do mundo. Além disso, podem possuir grandes empresas nacionais que operam em vários continentes, recebem altos investimentos de capital de países estrangeiros, às vezes se tornam lideranças políticas regionais, bem como têm conseguido, nas últimas décadas, reduzir progressivamente as taxas de pobreza.[212]

A partir de 2001, algumas economias do NIC se destacaram, o que levou os economistas a classificarem Brasil, Rússia, Índia e China como os *Big Four*[213] ou BRICs – sigla que designa as iniciais desses quatro países. Tais países despontaram no cenário mundial não apenas como economias de avançado desenvolvimento econômico, mas também como núcleo alternativo – ainda em construção – de poder, que procuram formar um bloco político de aliança para converter seu crescente poder econômico em poder que influencie, de fato, a geopolítica.

Seja como for, embora novas classificações surjam, ainda há uma intensa divisão internacional do trabalho que se iniciou ainda na consolidação do capitalismo e que até hoje divide povos e trabalhadores.

5. Os possíveis sentidos da globalização

Milton Santos (2010) analisa o fenômeno da globalização sob dois aspectos: um negativo, caracterizado por ele enquanto perversidade, e um positivo, que pode conter várias possibilidades de integração entre os povos.

A perversidade do fenômeno da globalização estaria "[...] fundada na tirania da informação e do dinheiro, na competitividade [...], acarretando o desfalecimento da política feita pelo Estado e a imposição de uma política comandada pelas empresas." (SANTOS, 2010, p. 15).

A perversão da globalização, então, seria sustentada pelo discurso único que cria imagens para possibilitar a monetarização da vida social e da vida pessoal, a partir do estímulo do culto ao consumo. Nesse contexto, o mercado global é apresentado como instrumento de homogeneização do planeta, mas que, na verdade, aprofunda as diferenças locais ao apregoar a morte do Estado no que tange aos cuidados com as populações. Seria uma

212 O termo começou a ser utilizado por volta de 1970, quando os Quatro Tigres Asiáticos - Hong Kong, Singapura, Coreia do Sul e Taiwan ganharam expressão econômica mundial, devido ao rápido crescimento industrial que se iniciou nos anos 1960. São economias classificadas de alta renda pelo Banco Mundial e como economias avançadas pelo FMI. O Brasil é classificado como pertencente ao NIC, desde 2008, sendo apontado como líder da América do Sul.

213 Quatro grandes.

espécie de totalitarismo, uma vez que "[...] a atual globalização exclui a democracia. [...] Há, portanto, um novo totalitarismo que, todavia, se apresenta como um convite a fazer as coisas bem-feitas, ordenadas. É um ritmo infernal que se impõe." (CARVALHO, 2009, p. 10/11).

O resultado é a desunião dos indivíduos e o crescimento da pobreza em determinados países.[214] Para Milton Santos (2010), as novas técnicas de informação têm sido colocadas à disposição da "tirania do dinheiro" – entendida enquanto interesses particulares de determinados Estados e empresas. Isso tem provocado o surgimento de um novo *ethos* das relações sociais e interpessoais que influencia o caráter das pessoas. A competitividade acirrada, pregada pelo sistema, faz retroceder os ideais de bem público e de solidariedade.

> Na esfera da sociabilidade, levantam-se utilitarismos como regra de vida mediante a exacerbação do consumo, dos narcisismos, do imediatismo, do egoísmo, do abandono da solidariedade, com a implantação, galopante, de uma ética pragmática individualista. É dessa forma que a sociedade e os indivíduos aceitam dar adeus à generosidade, à solidariedade e à emoção com a entronização do reino do cálculo (a partir do cálculo econômico) e da competitividade (SANTOS, 2010, p. 54).

Diante de tal fenômeno e aliado ao fato de que o papel do Estado tem se reduzido, os indivíduos se veem desamparados, enquanto se amplia o papel político das empresas na regulação da vida social. Porém, para Milton Santos[215], as mesmas inovações tecnológicas que propiciaram a perversidade da globalização poderão servir a outros objetivos sociais.

A internet tem sido um dos exemplos mais contundentes dessa possibilidade. Se até antes da popularização da internet, a disseminação de notícias, registros históricos e informações era dominada, exclusivamente, pela mídia, o mesmo não se pode dizer nos dias de hoje. "Há menos de uma

214 Atualmente, cerca de 45,8 milhões de pessoas são submetidas ao trabalho em condições análogas ao de escravo. 58% destes trabalhadores estão concentrados na Índia, China, Paquistão, Bangladesh e Uzbequistão. Segundo Mignolo (2005), o comércio de escravos africanos foi iniciado em 1517, com 15 mil pessoas. O Brasil, que recebeu o maior contingente de escravos africanos, chegou a ter, em 1850, 3,5 milhões de escravos. Para aprofundamento do tema, sugere-se o estudo de UFMG. Clínica de trabalho escravo e tráfico de pessoas. Escravidão moderna atinge mais de 45 milhões de pessoas no mundo. Disponível em: < <http://www.clinicatrabalhoescravo.com/#!Escravid%C3%A3o-moderna-atinge-mais-de-45-milh%C3%B5es-de-pessoas-no-mundo/fdu5y/575032a30cf2bd4d27fc7a06>. Acesso em: 15 maio de 2016 e EBC. OIT alerta que 168 milhões de crianças realizam trabalho infantil no mundo. Disponível em <http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/06/oit-alerta-que-168-milhoes-de-criancas-realizam-trabalho-infantil-no-mundo>. Acesso em: 15 maio de 2016.

215 *Op. cit.*

década, a revolução digital explodiu aqui como o tornado proverbial. Para misturar metáforas parecidas, houve uma nevasca de *hype*, mas também uma distribuição massiva de poder computacional" (GOFFMAN, 2007, p. 370).

As possibilidades que hoje são colocadas pela internet são inúmeras. Desde o compartilhamento de vídeos e músicas – caseiros ou comerciais, através de *sites* como o *Youtube,* aos *sites* de relacionamento que proporcionam interação social instantânea, como o *Facebook* e *Twitter*, aos instrumentos que permitem reuniões – de lazer, culturais, políticas etc – como o *Skype, Hangout* além dos *sites* de pesquisa e busca como o *Google* e a enciclopédia livre e interativa do *Wikipédia.*

Os limites desse trabalho não permitem explorar todo o infinito mundo virtual. Mesmo assim, é possível afirmar que a internet possibilita um novo tipo de sociabilidade. A tecnologia virtual permite encurtar enormes distâncias a um custo relativamente baixo, em tempo real. Muitas vezes, ela ainda torna possível a recomposição de certas coletividades, em um mundo marcado pelo individualismo, pela competição e o tempo escasso, através dos *sites* de relacionamento. Pode-se dizer também que ela ainda geste uma nova forma de expressão democrática, pois possibilita que as informações sejam acrescentas e debatidas pelos indivíduos que acessam a rede.

A democracia hoje parece ter um conteúdo diferente. Ela não é mais contrabalanceada pelas instituições intermediárias, é disseminada, repele cada vez mais mediações. É individual e quer se manifestar sobre tudo.

A Internet parece ter contribuído muito para essa nova percepção da democracia, pois ela permite que o usuário transmita, instantaneamente, suas opiniões, complete informações, exiba suas criações, enfim, contribua individualmente para a construção coletiva de um mundo virtual que, ao mesmo tempo, está e não está ali.

Mas a internet também pode ser um poderoso instrumento de rearticulação política. [216] Kucinski salienta que "a internet, além de ser uma nova mídia, é um instrumento operacional, típico das organizações da sociedade civil nos nossos tempos. Você articula pela internet. Articula, reúne [...]" (KUCINSKI , 2009, p. 55).

Interessante observar como os trabalhadores também podem utilizar ferramentas da internet para efetuarem movimentos de resistência, demonstrando o mimetismo existente entre os elementos que compõem todo o sistema produtivo (capital, trabalho e meios de produção.

216 O que fato pode ser verificado nos Levantes de Junho de 2013.

Em 2007, por exemplo, os trabalhadores da IBM iniciaram uma greve virtual no *site Second Life, greve essa posteriormente denominada "Greve dos Avatares"*.[217] Os trabalhadores da IBM, em toda a Europa, protestaram contra a proposta da multinacional de corte salarial de 1.000 euros por ano, que seria efetuado nos salários dos trabalhadores da empresa na Itália e contra a ruptura unilateral do acordo com os sindicatos.

O Comitê Europeu dos trabalhadores da empresa, as Federações de Trabalhadores do Metal, a *IWIS* (Solidariedade Internacional de Trabalhadores da IBM) e a UNIGlobal [218]decidiram convocar esta greve virtual.

Os trabalhadores "baixaram", no *Second Life,* cerca de 2 mil avatares[219], que eram a representação visual dos indivíduos que acessavam o mundo virtual (no caso, os próprios grevistas), geralmente encontrados para *download* em *sites* de *animes.* Esses avatares cortaram todas as conexões do sistema, retirando do ar *sites* como o *Facebook, Second Life, Twitter,* entre outros.

O protesto simbolizou o primeiro passo na aliança sindical global dos trabalhadores por meio das novas tecnologias. Foi uma maneira inovadora de dar uma resposta às necessidades dos trabalhadores: pensar globalmente e atuar localmente.[220]

Tais reflexões parecem levar à conclusão de que não se pode ficar preso ao passado, a globalização é um processo inevitável. Embora a globalização apresente sua forma perversa, as tecnologias que a alicerçam permitem amplas possibilidades de rearticulação política dos trabalhadores.

É necessário que o sindicalismo, assim como o fez em períodos anteriores, utilize os próprios elementos do sistema para se organizar novamente. Se a empresa é mundial e se organiza em rede, porque o sindicalismo não pode ser? Pretende-se, no próximo tópico, apontar tais possibilidades e algumas experiências dos trabalhadores nesse sentido.

217 As imagens da greve dos avatares encontram-se no anexo S do trabalho.

218 UNIGlobal- Rede internacional de sindicatos, entidade, de caráter transnacional, que congrega sindicatos de trabalhadores no setor de serviços em mais de 140 países.

219 "Avatar" provém do sânscrito "*avatāra*", conceito do Hinduísmo, que significa "descida de uma divindade do paraíso à Terra" e a consequente aparência terrena desse ser celestial - em particular refere-se às dez formas de representação de Vishnu.

220 Informações obtidas na palestra proferida pelo sindicalista alemão, radicado na Suíça, Gerhard Rohde, membro da direção da *UNI,* no Seminário Internacional: Desafios do Movimento Sindical no século XXI, realizado pelo Senge MG (Sindicato dos Engenheiros de Minas Gerais), no dia 25 de março de 2010.

6. A organização dos trabalhadores no século XXI: redes internacionais sindicais

Ricardo Antunes entende que:

> [...] os diferentes movimentos e explosões sociais, bem como a variedade de greves e rebeliões que presenciamos nessa fase de mundialização dos capitais, indicam que adentramos também numa nova fase de mundialização das lutas sociais e das ações coletivas. (ANTUNES, 2005, p. 47)

Por sua vez, Mance (2002) compreende que surgiram nas últimas décadas, em todo o mundo, inúmeras redes e organizações na esfera civil que lutam pela promoção das liberdades públicas e privadas. Redes essas que englobam diversos setores dos movimentos sociais, tais como movimentos socioambientais, feministas, sindicais, entre outros, que estão se multiplicando, fazendo surgir "uma nova esfera do contrato social".

O autor esclarece que:

> O consenso sobre essas novas práticas tem sido construído no interior de redes em que pessoas e organizações de diversas partes do mundo colaboram ativamente entre si, propondo transformações do mercado e do Estado, das diversas relações sociais e culturais a partir de uma defesa intransigente da necessidade de garantir-se universalmente as condições requeridas para o ético exercício das liberdades públicas e privadas.
> [...]
> A progressiva e complexa integração dessas diversas redes, colaborando solidariamente entre si [...] colocou no horizonte de novas possibilidades concretas a realização planetária de uma nova revolução, capaz de subverter a lógica capitalista de concentração de riquezas e de exclusão social e diversas formas de dominação nos campos da política, da economia e da cultura (MANCE, 2002, p. 232)

A globalização financeira e as fusões das grandes empresas em conglomerados mundiais provocaram a reação do movimento sindical. O sindicato tende a incorporar a forma de organização das empresas e vice-versa, em uma relação de mimetismo.

Na esteira da globalização, a organização sindical que extrapola fronteiras acabou ganhando fôlego. O sindicalista Fernando Lopes afirma que "antes tínhamos sérias reservas em relação à globalização. Agora, o movimento sindical está correndo atrás do tempo perdido e adotando estratégias globais de organização". [221]

Segundo Rosane Silva, ex-secretária de organização e secretária de mulheres da CUT, em novembro de 2001, a central sindical criou o projeto "CUTMulti - Ação Frente às Multinacionais". De acordo com a sindicalista "Tal projeto visa incentivar a organização dos trabalhadores de empresas transnacionais e promover a luta unificada por melhores condições de trabalho, unindo os sindicatos que representam os trabalhadores de uma mesma multinacional. (Informação oral)."[222]

Segundo a sindicalista:

> Desde o 9º Congresso Nacional da CUT, realizado em 2006, o CUTMulti tornou-se um braço da CUT que promove a criação de redes internacionais de trabalhadores de multinacionais.
> As redes efetuam levantamento de informações sobre a empresa, promovem o conhecimento de todas as plantas, criam plano de ação comum, incentivam a comunicação integrada, a administração de recursos financeiros e uma constante avaliação.
> O CUTMulti conta ainda com o *site* Conexão Sindical, que promove o intercâmbio de informações através de notícias indexadas no banco de notícias, informes de usuários e documentos inseridos na biblioteca virtual. A ferramenta é um instrumento para a formação de redes virtuais, com ênfase na troca de informações entre usuários e entidades parceiras sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores, meio ambiente e comportamento de empresas multinacionais. (Informação oral).[223]

A organização em rede, em nível internacional, que faz uso das novas tecnologias de comunicação, pode auxiliar o movimento sindical a buscar uma forma inovadora de atuação. Mais do que a troca de experiências entre sindicalistas de uma mesma categoria, a organização dos trabalhadores em empresas multinacionais ganhou força na medida em que estas aumentaram os investimentos fora dos países de origem.

---

221 Ex-presidente da CNM-CUT e atual assistente da secretaria geral da FITIM (Federação Internacional dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas/IMF - *International Metalworke's Federation*). Em entrevista concedida no dia 02 de julho de 2009, na 1ª Conferência Expressões da Globalização – Análises Comparativas Brasil/Alemanha, realizada em São Paulo, entre os dias 30 de junho a 3 de julho de 2009, pelo Instituto Integrar da CNM-CUT e Fundação Hans Böckler Stiftung, com o apoio de IGMetall e da DGB.

222 Em entrevista concedida em 02 de julho de 2009.

223 Em entrevista concedida em 02 de julho de 2009.

Para Manuel Campos, assessor da FITIM – Federação Internacional dos Trabalhadores Metalúrgicos[224] - no Brasil:

> As redes são um ótimo meio político-sindical para, no contexto da globalização, da produção industrial à (sic) escala internacional e, sobretudo, em tempos e momentos de crises internacionais e também nacionais, se fortalecer a solidariedade, impedir o jogo dos trabalhadores uns contra os outros e de organizar ou melhorar as informações bilaterais sobre a situação, as chances e os perigos existentes. (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS METALÚRGICOS/ CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES, 2011).

Denominada no meio sindical de "comitê mundial", a organização dos representantes dos trabalhadores em cada empresa da mesma multinacional, independentemente da localização geográfica, dá-se através de redes internacionais de solidariedade, que passará a ser denominada, neste texto, de redes internacionais sindicais.

As redes internacionais sindicais implicam a organização no local de trabalho, a utilização de ferramentas virtuais para troca de informações e mobilizações e, em alguns casos, como as redes metalúrgicas, a expansão do instituto da cogestão.

Nos próximos tópicos serão apresentadas as experiências dos trabalhadores do ramo financeiro e do setor metalúrgico, bem como algumas breves ponderações sobre as possibilidades que se descortinam para os trabalhadores no século XXI.[225]

6.1 As redes internacionais sindicais dos trabalhadores do ramo financeiro

José Ricardo Jacques, secretário de relações internacionais da Contraf/ CUT – Confederação Nacional dos Trabalhadores no Ramo Financeiro -, explica como são organizadas as redes internacionais sindicais dos trabalhadores do ramo financeiro.[226]

---

224 Em 19/06/2012, a FITM deixou de existir, devido à fusão com outras entidades sindicais supranacionais, passando a integrar a *IndustriALL Global Union* (União Global Industrial), cuja representação congrega trabalhadores das indústrias metalúrgicas, químicas, de energia, minas, têxtil, vestuário e couro).

225 Há outras categorias de trabalhadores, como a da indústria petroquímica, que também se organizam em redes internacionais sindicais. No entanto, tais redes não foram pesquisadas no presente trabalho devido à opção dos autores de limitar o campo de estudo.

226 Todos os dados informados na presente dissertação sobre as redes internacionais sindicais dos trabalhadores do ramo financeiro foram obtidas a partir da entrevista realizada no dia 10 de novembro de 2011. O sindicalista também é do Comitê de Finanças da Coordenadora das Centrais Sindicais do Cone Sul – CCSCS - e membro do Grupo Diretivo da UNIAméricas/Finanças (UNIGlobal).

De acordo com o sindicalista, as redes são várias e se organizam a partir das bases de atuação de um mesmo banco internacional ou multilatino, ou seja, bancos presentes em mais de um país nas Américas ou no mundo.

A rede internacional de cada banco se organiza a partir da representação dos trabalhadores em cada país, por meio das entidades sindicais, independentemente se a organização destas se dá por definição de categoria ou por empresa. Tais redes reúnem-se uma ou duas vezes ao ano e definem estratégias de atuação internacional, a partir de pautas comuns diante dos diagnósticos de problemas avaliados nas reuniões.

Hoje, as redes internacionais sindicais dos trabalhadores do ramo financeiro envolvem trabalhadores do Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai, Chile, Colômbia, Peru, Venezuela, Costa Rica, Guatemala, México, Trindad & Tobago, entre outros no Caribe, além de Espanha, Portugal e Itália.

Tais redes representam trabalhadores dos bancos Santander, BBVA, HSBC, Itaú, Banco do Brasil e First Caribean Bank. Também existe uma rede que representa, exclusivamente, trabalhadores de bancos públicos, excetuando-se o Banco do Brasil.

Segundo o sindicalista, as redes em empresas multinacionais foram impulsionadas pela Coordenadoria das Centrais Sindicais do Cone Sul – CCSCS –, no ano 2000, e, de imediato, tiveram o apoio da UNIAméricas – seção americana da UNIGlobal.[227]

Em 2000, nasceram as redes dos bancos Santander e BBVA, já com a participação dos países americanos e de Espanha e Portugal. Nos anos seguintes, sugiram as redes do ABN Amro Grup – fundida, posteriormente, com a rede dos trabalhadores do banco Santander –, HSBC, Banco do Brasil, Unibanco – fundida, posteriormente, com a rede de trabalhadores do Itaú - e First Caribean Bank.

A partir de 2006, a UNIGlobal também criou suas redes sindicais, nos mesmos bancos, com o intuito de globalizá-las. Essas redes da UNIGlobal atuam em conjunto com as redes da CSCS, que já vinham sendo estruturadas no Cone Sul.

No decorrer dos anos, alguns bancos acabaram reconhecendo as redes internacionais e, nos encontros com as direções empresariais, problemas foram sendo solucionados. Foi o caso do Banco do Brasil, que reabriu as negociações com o Sindicato Paraguaio depois de oito anos sem realizá-las.

Houve também a greve dos bancários do Itaú no Chile, quando a atuação internacional foi importante para a solução do conflito e para melhorar a relação entre as partes nos anos que se seguiram.

227 A qual se fez referência na nota de número 178.

As reuniões entre a rede de trabalhadores do Itaú/Unibanco e a direção empresarial, na opinião do sindicalista, ajudaram a melhorar a relação com os sindicatos de trabalhadores no Chile, Argentina, Paraguai e Uruguai.

Em todas as redes a principal reivindicação é a assinatura de Acordo Marco Internacional – AMI –, que prevê a garantia da implementação dos Direitos Fundamentais do Trabalho, que são prevista pelas Convenções da OIT.

Segundo Jacques, a conquista mais importante foi a assinatura, em 2011, do AMI do Banco do Brasil para as Américas. Uma vez que o Banco do Brasil está em expansão, com a compra do controle do Banco Patagônia, na Argentina, e vem negociando a compra de outros bancos na região, como nos Estados Unidos, a assinatura de tal acordo tornou-se essencial para os trabalhadores.

6.2 As redes internacionais sindicais dos trabalhadores metalúrgicos

Ubirajara Alves de Freitas, secretário de organização da CNM/CUT – Confederação Nacional dos Metalúrgicos -, esclarece como são organizadas as redes internacionais sindicais dos trabalhadores representados por essa Confederação.[228]

As relações internacionais entre trabalhadores metalúrgicos, alemães e brasileiros, iniciaram-se, de forma incipiente, ainda na década de 1950, quando empresas alemãs desse ramo econômico se instalaram no Brasil para dar suporte ao parque industrial brasileiro que estava sendo montado. Alemães ensinaram os trabalhadores brasileiros técnicas de trabalho, como relata Helmut Weiss, e acabaram estabelecendo laços de amizades que, posteriormente, se transformaram em encontros periódicos. (Informação oral).[229]

Segundo o sindicalista brasileiro, embora algumas visitas e encontros fossem promovidos, somente no fim da década de 1990, o comitê de fábrica da Mercedes-Benz, da Alemanha, propôs aos trabalhadores brasileiros um intercâmbio mais intensivo, que resultasse em organização direta dos trabalhadores extrafronteiras.

Manuel Campos frisa a importância dessa iniciativa de cooperação internacional dos trabalhadores:

228 Todos os dados informados no presente artigo sobre as redes internacionais sindicais dos trabalhadores metalúrgicos foram obtidas a partir da entrevista realizada no dia 27 de novembro de 2011. Informações obtidas em entrevistas anteriores serão, devidamente, indicadas.

229 Em entrevista concedida no dia 13 de março de 2011.

> Alguns números e dados sobre a presença alemã no Brasil dão-nos motivos suficientes para alicerçar este intercâmbio. A Alemanha tem no Brasil mais de 1.200 empresas (algumas há mais de 100 anos) e o número vai aumentando. São Paulo é considerada a cidade de maior produção da indústria alemã no mundo. A contribuição destas empresas para o PIB do Brasil e o número de postos de trabalho, por elas criado, são muito significativos. Lembro ainda que, na Europa, as relações capital-trabalho se regem por sistemas de muita independência e autonomia entre as partes (por exemplo, a negociação coletiva é feita sem intervenção estatal) e por normas legais que concedem, aos trabalhadores nas empresas e aos seus sindicatos, uma série de direitos (por exemplo, a representação no local de trabalho, a cogestão (sic) etc.) que os colocam numa posição muito melhor do que no Brasil.
> Através das redes sindicais e de empresa, procuramos trazer para as filiais de empresas alemãs no Brasil estes direitos e estas vantagens, não esquecendo que as centrais na Alemanha e as diretorias no Brasil nem sempre apoiam (sic) isto. Mas afirmo também que nem todos os sindicatos estão ainda preparados para esse diálogo. Ele exige do sindicalista formação, autoconvicção, firmeza e capacidade de negociação. A minha experiência mostra que nas empresas onde isto está sendo praticado o relacionamento entre a empresa e sindicato melhorou muito, o respeito mútuo e o diálogo social avançaram, com vantagens para ambas as partes. São estas experiências da Alemanha e do Brasil que eu procuro mostrar e multiplicar (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS METALÚRGICOS/CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES, 2011).

Atualmente, as redes internacionais sindicais dos metalúrgicos possuem representação de trabalhadores em vários países como: Brasil, Inglaterra, Argentina, Azerbaijão, Holanda, Índia, Alemanha, Canadá, EUA, África do Sul, França, Finlândia, Polônia, Cingapura, Dinamarca, Malásia, Peru, Argentina e Uruguai. No entanto, ainda não conseguiram se consolidar na China.

No setor metalúrgico, há seis redes internacionais sindicais consolidadas e várias ainda em construção. No início de sua organização, as redes necessitam de apoio de comissões de fábrica, sindicatos, federações e confederações. Elas iniciam sua formação por meio de intercâmbios, visitas, encontros, seminários, apoiados pela CNM/CUT; IGMetall - *Industriegewerkschaft Metall*[230]- e DGB - *Deutscher Gewerkschaftsbund*[231].

230 Sindicato Industrial dos Metalúrgicos da Alemanha.
231 Confederação dos Sindicatos da Alemanha.

Com o tempo a ideia é que as redes internacionais sindicais tornem-se autônomas quanto sua organização e atuação. No entanto, o custeio de suas atividades ainda é realizado pelas entidades acima mencionadas, independentemente da nacionalidade de seus trabalhadores.

Basicamente, as redes internacionais sindicais promovem a troca de informações sobre a produção e decisões empresariais de abertura e fechamento de novas plantas, com o intuito de verificar os impactos de tais medidas nas relações de trabalho. Além disso, desenvolvem discussões sobre assinatura de AMI, bem como questões relativas à saúde e segurança no trabalho, exigindo a aplicação igualitária dessas normas, em todo o mundo, para impedir o *dumping social* e assegurar a proteção à saúde e integridade física dos trabalhadores. Por fim, as redes atuam no sentido de pressionar as direções das empresas para que respeitem as representações sindicais.

Segundo Ubirajara Freitas, para a CNM/CUT, a redes são uma forma de organizar o local de trabalho, sendo que elas utilizam greves de solidariedade, como forma de pressão. O sindicalista Valter Sanches relata um episódio em que a greve foi um mecanismo utilizado pelos trabalhadores:

> Em julho de 2007, a empresa Grob, fornecedora da montadora Daimler-Benz (Mercedes-Benz), afastou um representante sindical. Através da atuação das redes internacionais sindicais, os trabalhadores da Daimler-Benz paralisaram as máquinas da Grob dentro da planta da montadora em São Bernardo do Campo.
> Os trabalhadores membros "comitê mundial" da Daimler-Benz cobraram desta o compromisso firmado, através de um AMI, no qual se estabeleceu que os fornecedores da montadora deveriam seguir sua ética de reconhecimento de organização sindical. Após essa ação combinada, o representante sindical da fornecedora Grob voltou a ser reconhecido e voltou ao trabalho. (Informação oral).[232]

Por sua vez, Valmir Lotti[233] esclarece que a rede internacional sindical da multinacional brasileira Gerdau se iniciou em 2004. A multinacional, em 2009, estava presente em mais de dezessete países, tendo em torno de trinta e cinco mil trabalhadores no mundo, quinze mil somente no Brasil.

232 Trabalhador da unidade da Daimler-Benz (antiga Mercedes Benz) em São Bernardo do Campo, diretor de comunicação do Sindicato dos Trabalhadores Metalúrgicos de São Bernardo do Campo e Região (antigo Sindicato do ABC paulista), ex-secretário geral e de relações internacionais da CNM/CUT e representante dos trabalhadores no Conselho Fiscal da montadora Daimler-Benz. Em entrevista concedida no dia 02 de julho de 2009.

233 Trabalhador da planta da Gerdau em Sapucaia do Sul e diretor do Sindicato dos Trabalhadores Metalúrgicos de São Leopoldo/RS. Em entrevista concedida no dia 03 de julho de 2009.

De acordo com Lotti, os sindicatos dão sustentação à rede e vice-versa. Embora a organização não seja reconhecida pela empresa, a troca de informações entre os trabalhadores brasileiros, americanos e canadenses da Gerdau se intensificou quando a siderúrgica decretou *lockout* na unidade de Beaumont, Texas, entre maio e dezembro de 2005.

Segundo o sindicalista:

> A rede sindical organizou várias atividades nas plantas brasileiras, como paradas de advertência, greves relâmpagos e a multinacional se viu forçada a firmar acordo com os trabalhadores norte-americanos. A rede fortaleceu muito a atuação do sindicato e reforçou os laços de solidariedade, principalmente com os trabalhadores colombianos, norte-americanos, canadenses e peruanos. (Informação oral).[234]

Paulo Ferreira Gomes[235] informa que o "comitê mundial da Volks" está em funcionamento desde 1999. A montadora, em 2009, possuía plantas industriais em dezesseis países, contando com sessenta mil trabalhadores, vinte e dois mil somente nas quatro plantas instaladas Brasil. Para o sindicalista:

> A maior atuação da rede sindical dos trabalhadores da Volks ocorreu quando a empresa anunciou seis mil demissões no Brasil e o fechamento da planta de Taubaté. A rede paralisou as plantas de Curitiba, São Carlos e Rezende e os trabalhadores, além de conquistaram direitos, conseguiram a manutenção de todas as fábricas no Brasil, através do compromisso de produção de dois novos modelos de automóveis na fábrica de Taubaté. (Informação oral).[236]

7. Considerações finais: Possibilidades para o internacionalismo operário no século XXI

Acima, buscou-se demonstrar duas experiências distintas de organização sindical em redes internacionais. Em ambas as categorias de trabalhadores estudadas, viu-se a presença de multinacionais brasileiras.

Foi possível demonstrar que as redes de trabalhadores metalúrgicos são mais diversificadas e abrangem um número maior de países, em comparação com as redes dos trabalhadores do ramo financeiro. Talvez isso se deve ao fato de que, no ramo financeiro, há maior concentração do capital, sendo

234 Em entrevista concedida no dia 03 de julho de 2009.
235 Trabalhador da montadora Volkswagen de Taubaté, diretor Sindicado dos Trabalhadores Metalúrgicos de Taubaté. Em entrevista concedida no dia 03 de julho de 2009.
236 Em entrevista concedida no dia 03 de julho de 2009.

que não há muita diversidade com relação aos bancos transnacionais que dominam o mercado. De certa forma, tal fato poderia facilitar a articulação dos trabalhadores em redes internacionais.

Além disso, as redes dos trabalhadores metalúrgicos são mais diversas, estando presentes em vários países. Possivelmente esse fato é consequência da própria dispersão espacial do capital industrial, que é, atualmente, uma das características da forma de organização fabril.

No caso dos trabalhadores do ramo financeiro, os maiores bancos multinacionais – BBVA, Santander, Itaú/Unibanco e Banco do Brasil – são espanhóis e brasileiros. A análise dos AMI demonstrou que estes buscam estabelecer um pacto de "boa convivência" entre capital e trabalho, bem como evitar discriminações raciais, de gênero etc, sem, no entanto, estabelecer critérios para tanto.

No AMI firmado com o Banco do Brasil se estabeleceu o compromisso de observância das Convenções da OIT que preveem direitos fundamentais, segundo a Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, bem como outras normas de organizações internacionais que versam sobre direitos humanos.

É interessante notar que a cláusula terceira do AMI firmado com o Banco do Brasil, limita-se ao compromisso de respeito das leis trabalhistas vigentes nos países onde há filial do banco. As partes resguardaram, ainda, o direito de promoverem negociações coletivas segundo a legislação de cada país. Ou seja, o AMI não cria direitos igualmente válidos para os trabalhadores de todos os países onde atua a multinacional. Segundo as cláusulas décima sétima e décima oitava, os salários e a jornada de trabalho deverão observar as legislações nacionais.

Por sua vez, no AMI firmado com o banco espanhol BBVA, há apenas a limitação de matérias que poderão ser objeto de negociação entre as partes. No entanto, as questões salariais e de jornada também deverão ser observadas segundo as normas trabalhistas dos países onde estão alocados os trabalhadores.

Observa-se assim que em nenhuma norma de caráter internacional, firmada entre bancos e as redes internacionais sindicais dos trabalhadores do ramo financeiro, analisadas no presente estudo, foram criados direitos trabalhistas ou foi garantida a igualdade de direitos entre trabalhadores de nacionalidades distintas.

No modelo de AMI, adotado e celebrado pela FITIM com algumas multinacionais, também se assegura a observância de normas da OIT, de caráter fundamental. No entanto, ressalva-se que o AMI também se aplica às empresas contratadas, subcontratadas e/ou fornecedoras da multinacional, sendo que esta se responsabiliza pela observância do acordo de caráter transnacional.

É importante notar que o AMI padrão da antiga FITIM reconhece alguns direitos que ainda não foram respaldados por instrumentos internacionais da OIT. É o caso do compromisso de não se contratar trabalhadores substitutos, caso ocorra paralisação do trabalho em virtude de conflitos coletivos. Embora tal direito já seja resguardado pela legislação brasileira, através da lei de greve – art. 7º, parágrafo único da Lei nº. 7.783/89 -, bem como por muitas legislações europeias, parece – pelo menos à primeira vista - um avanço para muitos trabalhadores de outras regiões do mundo.

Com relação aos salários e limites de jornada de trabalho, o AMI padrão da antiga FITIM também ressalva a aplicação das legislações nacionais. Porém, um interessante aspecto de tal instrumento é o estabelecimento de um mecanismo paritário de monitorização da aplicação da norma, bem como a definição de que cabe à OIT a arbitragem, em caso de impasse entre as partes.

Também pode-se observar no referido documento a tentativa de expansão dos direitos trabalhistas assegurados pelos países de origem das multinacionais. Desta forma, busca-se, prioritariamente, estender o direito de representação dos trabalhadores nos locais de trabalho, previsto na Convenção 135 e Recomendação 143, ambas da OIT, e não regulamentado no Brasil[237], bem como do instituto da cogestão, por meio dos Conselhos de Empresa, previsto na Diretiva 2002/14 da Comunidade Europeia.

Apesar dessa importante conquista, os trabalhadores brasileiros ainda acham que as redes internacionais sindicais devem evoluir, pois os AMIs firmados não implicam efetiva conquista de direitos. Segundo o sindicalista Ubirajara Freitas:

> A FITIM é quem assina os AMI, desde que autorizada pelas redes. O AMI mais avançado é o da Mercedes Bens que contém cláusula de respeito às representações dos trabalhadores, inclusive nas fornecedoras. As empresas que possuem AMI assinado com a FITIM são o grupo Arcelor Mittal, as alemãs: Mercedes Bens, ZFNacan e Thyssenkrupp. Nenhuma empresa brasileira ou norte-americana assinou o AMI.
> No entanto, a FITIM tem somente consultado as redes de trabalhadores europeias, por isso hoje há discussão de quem autoriza a assinatura de um AMI. Infelizmente os trabalhadores de países não europeus não têm sido muito ouvidos. Ora, o preço das mercadorias é internacional, mas não se aborda isonomia salarial mundial nos AMI, não se pactua isso e nem mesmo, de forma aprofundada, o reconhecimento das representações sindicais. Os europeus não discutem isso, pois suas legislações já os protegem. Os AMI tem servido muito mais

237 Como é sabido, o direito de representação dos trabalhadores no local de trabalho, previsto no art. 11 da Constituição Federal de 1988, ainda não foi regulamentado por lei.

> para as empresas conseguirem as certificações internacionais de responsabilidade social do que para os trabalhadores, nelas são incluídas questões importantes como combate ao trabalho escravo e infantil, mas não tem havido ganhos efetivos para os trabalhadores do resto do mundo. Embora não tenha força jurídica, o compromisso firmado através do AMI obrigaria as empresas a cumprirem determinadas cláusulas e permitiria que os trabalhadores pressionassem pelo seu cumprimento. (Informação oral).[238]

Para Martina Sproll, os AMI permitem ainda que as legislações trabalhistas sejam menos protetivas:

> Primeiro é importante observar que não há qualquer instrumento jurídico que possa forçar o cumprimento dos AMI e dos Protocolos de Intenções. Em sua maioria, eles repetem normas de caráter fundamental da própria OIT, eles não criam direitos. Parece que, na verdade, eles acabam enfraquecendo a própria OIT, pois passam para o âmbito privado a formulação de normas que estabelecem patamares mínimos de trabalho, em caráter mundial. Para que um país ratificar uma norma da OIT, se as empresas firmam tais acordos, quando querem? A proteção do trabalho deixa de ser um compromisso dos Estados para se tornar mera declaração de compromisso efetuada pelas empresas que ainda conquistam certificados internacionais de responsabilidade social. Pessoalmente, eu não consigo enxergar ganhos efetivos para os trabalhadores na assinatura de tais instrumentos. Aliás, vejo muitos riscos, pois em um momento que as proteções trabalhistas estão sendo reduzidas na maioria dos países, tais acordos acabam justificando a "falta de necessidade" dos países de tutelarem os trabalhadores. É um dever estatal que passou para o âmbito privado. E os trabalhadores estão em uma situação de desigualdade pois nem sempre suas representações são reconhecidas pelas empresas. (Informação oral).[239]

Talvez se possa compreender que os AMI realizam uma certa alteração na própria natureza do Direito do Trabalho. De ramo do Direito que trazia em seu bojo a noção da imperatividade e indisponibilidade de direitos, ele acaba se tornando cada vez mais dispositivo, tal como o Direito Civil.

238 Em entrevista realizada no dia 27 de novembro de 2011.
239 Em entrevista concedida no dia 31 de outubro de 2011.

Isso porque, ao permitir que as normas da OIT se tornem objeto de negociações, se retira a obrigação dos Estados de ratificá-las, passando para o âmbito privado a opção de aplicá-las ou não. Com isso, o Direito do Trabalho corre o risco de perder a qualidade de política pública para se tornar política empresarial, submetida a interesses privados.

Os termos em que são firmados os AMI e as impressões dos próprios sindicalistas parecem demonstrar que, até o presente momento, as redes internacionais sindicais, ainda não conseguiram se firmar como instrumentos eficazes de resistência à face perversa da globalização – pelo menos no que tange à criação de direitos.

No entanto, é imperioso considerar que tal forma de organização dos trabalhadores ainda está em processo de formação, uma vez que se iniciou há pouco mais de uma década. Apesar disso, elas podem ser o embrião da reconstrução de laços de solidariedade mais amplos, uma vez que agora tem à sua disposição inovações tecnológicas que permitem contatos entre trabalhadores de forma mais imediata, democrática e informal, além de propiciar novas e criativas formas de resistência e de sensibilidade da opinião pública, como ocorreu na Greve dos Avatares e dos trabalhadores da GE.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **O caracol e sua concha:** ensaios sobre a nova morfologia do trabalho. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005. 135 p.

CARVALHO, Mônica de; LEITE, José Corrêa. Território da geografia. In: CARVALHO, Mônica de; LEITE, José Corrêa. **Território e sociedade:** entrevista com Milton Santos. 2. ed. 4. reimp. São Paulo: Fundação Perseu Abramo. 2009, p. 9-18.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS METALÚRGICOS/CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES. **Entrevista com Manuel Campos.** Disponível em <http://www.cnmcut.org.br/verCont.asp?id=27002>. Acesso em: 27 nov. de 2011.

DELGADO, Maurício José Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego:** entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: Ltr, 2006. 152 p.

GOFFMAN, Ken; JOY, Dan. **Contracultura através dos tempos:** do mito de Prometeu à cultura digital. Trad. de Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007. 430 p.

KUCINSKI, Bernardo; LIMA, Venício. **Diálogos da perplexidade:** reflexões críticas sobre a mídia. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009. 127 p.

MANCE, Euclides André. *R***edes de colaboração solidária:** aspectos econômicos-filosóficos: complexidade e libertação. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. 364 p.

POCHMANN, Márcio. O curso atual da divisão internacional do trabalho. In: POCHMANN, Márcio. **O emprego na globalização:** a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu. São Paulo: Boitempo, 2007, Cap. I, p. 11-40.

POCHMANN, Márcio. Revolução no embate das ideias e projeto de sociedade. In: SISTER, Sérgio (Org.). **O abc da crise**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009, p. 155-163.

POCHMANN, Márcio. **Entrevista:** o mercado de trabalho reproduz a desigualdade. 2009. Disponível em: <http://www.contee.org.br/noticias/msoc/nmsoc777.asp>. Acesso em: 07 nov. de 2011.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização:** do pensamento único à consciência universal. 19. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010. 174 p.

SILVA, Antônio Álvares. **Co-gestão no estabelecimento e na empresa**. São Paulo: Ltr, 1991. 280 p.

VIANA, Márcio Túlio. O direito, a química e a realidade sindical. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, 29 (59), p. 41-51, jan./jun. 1999.

"O CAPITALISMO HUMANISTA APLICADO NAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS"

Ricardo Hasson Sayeg[240]
Antonio Carlos Matteis de Arruda Junior[241]

Resumo
O Capitalismo Humanista previsto na Constituição Federal deve ser aplicado nas empresas transnacionais, mediante inserção nas normas internas de compliance, para a efetividade dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, fim maior da ordem econômica constitucional.

Palavras-chave: *Capitalismo Humanista, Direito Econômico, Compliance, Empresas Transnacionais*

1.Introdução

No mundo moderno, as empresas transnacionais são uma representação autêntica da prosperidade econômica e da fase final da conquista empresarial do capitalismo, que Marx denominava "imperialismo".

Como as atividades econômicas das transnacionais estão diretamente ligadas à sociedade de consumo e a globalização econômica, tais empresas passam a ser fiscalizadas e controladas pelo Estado para que a ordem jurídica seja respeitada, já que não se trata somente de uma questão de Direito

240 "Member of Board" do Acordo de Cooperação e Convênio firmado com a UNIVERSITTÉ DE PARIS 1 PANTHÉON-SORBONNE (Paris, França); Institut du Monde et du Developpement pour la Bonne Gouvemance Publique (IMODEV) e Instituto Capitalismo Humanista (ICH), para o desenvolvimento de pesquisa sobre: Transparência Pública e Participação Cidadã; Políticas Públicas; Direitos Humanos; Capitalismo Humanista; Direito Digital; A Economia Digital. Professor Livre-Docente, em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP. Doutor e Mestre em Direito Comercial pela PUC-SP. Graduado em Direito pela PUC-SP. Professor Associado e Coordenador da Disciplina de Direito Econômico do Departamento de Ciências Tributárias, Econômicas e Comerciais da Faculdade de Direito da PUC-SP. Idealizador da teoria do Capitalismo Humanista. Líder do Grupo de Pesquisa Capitalismo Humanista certificado pelo CNPq atuante na PUC-SP. Tem sólida experiência na área jurídica, com ênfase em Direito Empresarial, Recuperação Judicial e Falências, Direito Penal, Direito Administrativo Punitivo e Improbidade Administrativa, atuando no contencioso estratégico de alta indagação e profunda complexidade; e, como Administrador Judicial em Recuperações Judiciais e Falências.

241 Professor Assistente Mestre das Disciplinas de Direito Processual Civil e de Direito Econômico da Faculdade de Direito da PUC-SP, lecionando no Curso de Graduação da PUC-SP e no Curso de Especialização-COGEAE-PUC-SP. Doutor em Direito das Relações Econômicas pela PUC-SP(2013). Graduado em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP(2002). Membro do Grupo de Pesquisa Capitalismo Humanista certificado pelo CNPq atuante na PUC-SP. Advogado militante com experiência em contencioso Civil e Trabalhista.

Internacional Privado, mas sim de respeito a legislação local e, no caso brasileiro, principalmente, o respeito as normas que tangenciam as atividades econômicas previstas na Constituição Federal Brasileira.

Nesse contexto, para que a ordem jurídica e, principalmente, os Direitos Humanos sejam respeitados, harmonizando a livre iniciativa com a dignidade da pessoa humana, procuramos nesse artigo demonstrar de que maneira o regime constitucional do capitalista humanista pode e deve permear as atividades econômicas das empresas transnacionais.

E, com base na teoria do capitalismo humanista, constitucional e concretizadora dos Direitos Humanos, procura-se explicar de que maneira as empresas transnacionais, adotando e efetivando regras internas, denominadas "regras de *complience*, nas suas atividades empresariais, podem exercer seus objetivos sociais e missões institucionais sem que haja ofensa a legislação brasileira.

Enfim, se as regras de *compliance* estiverem em harmonia com o capitalismo humanista, constitucional e norteador das relações jurídicas, bem como com os direitos humanos em todas as suas dimensões, tais regras servirão como instrumento apto e eficaz a concretização da princiologia que permeia a ordem econômica constitucional.

2. O Capitalismo Humanista

Para a compreensão do objeto deste estudo, se faz mister destacar alguns aspectos que permeiam o capitalismo humanista, regime jurídico-econômico inserido na Constituição Federal Brasileira.

A primeira ideia que merece registro é que o sistema sócio econômico adotado no Brasil é sem dúvida capitalista, considerando que o fundamento constitucional e econômico da livre iniciativa e do trabalho humano, ou seja, propriedade (capital) privada e valores sociais do trabalho humano, conteúdos essenciais dos regimes capitalistas, previstos nos artigos 1º, IV e 170 da Carta Maior.

Ao contrário do que alguns imaginam ou sustentam, não se trata de um capitalismo liberal de mercado, nem um capitalismo direcionista ou do capitalismo do bem-estar social, mas sim um modelo capitalista diferenciado pela incidência do maior fundamento do Estado brasileiro (artigo 1º, III, da Lei Maior): a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, numa interpretação sistemática da Constituição Federal, consta-se que no âmbito econômico, a dignidade da pessoa humana é evidenciada, visto que o artigo 170, caput, da Lei Maior dispõe a "existência digna" como finalidade da ordem econômica, no sentido de que a ordem econômica objetiva garantir a existência digna ("mínimo existencial").

Assim, não há dúvida que o modelo econômico capitalista constitucional brasileiro é um "capitalismo humanista", previsto no artigo 170, caput, da Lei Maior, expressa a natureza jurídica humanista e, portanto, multidimensional da ordem econômica constitucional, ou seja, forçoso reconhecer que está inserido no Estado Democrático de Direito brasileiro um sistema capitalista humanizado e não um sistema liberalista, individualista e selvagem, arrimado pela não intervenção estatal e pela "mão invisível" sustentados pelos capitalistas liberais fundamentalistas.

Impossível efetivar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana sem a incidência dos direitos humanos em todas suas dimensões nas relações econômicas capitalistas.

Logo, a harmonização do capitalismo humanista com os direitos humanos é plena e multidimensional, pois, como já registramos:

> O capitalismo humanista e respectivo jus humanismo se harmonizam com os direitos humanos de primeira dimensão, já que o direito subjetivo de propriedade é reconhecido como um direito natural juridicamente ordenado, como lembra Ricardo Sayeg .
> [...] Assim, as liberdades negativas, internas e externas do homem, representadas pelos direitos humanos de primeira dimensão são recepcionados na ordem econômica constitucional e, portanto, respeitados e aplicados pelo capitalismo humanista.
> O capitalismo humanista também recepciona os direitos humanos de segunda dimensão, uma vez que demonstra que estes estruturam o exercício dos direitos humanos de primeira dimensão e com os mesmos devem se compatibilizar.
> [...]
> Por fim, o capitalismo humanista recepciona os direitos humanos de terceira dimensão, uma vez que a fraternidade e a solidariedade são imprescindíveis para a sustentabilidade planetária e para o exercício das demais dimensões de direitos humanos[242].

Em assim sendo, se analisada corretamente a estrutura jurídica do capitalismo no Brasil, forçoso reconhecer que a disciplina jurídica do capitalismo adotada na Constituição Federal não é o capitalismo liberal, nem

242 Arruda Junior, Antonio Carlos Matteis, *"Capitalismo Humanista e Socialismo"*, Jurua. 2014, p. 66-67

o capitalismo que fundamenta a globalização econômica, mas sim um capitalismo humanista, no sentido de reconhecer a supremacia dos direitos humanos sobre a ordem jurídica nacional, numa perspectiva humanista do Direito Econômico.

Exatamente neste último aspecto que reside o capitalismo humanista: por meio do marco teórico da fraternidade, baseado numa filosofia "jus humanista" que adota o adensamento das estruturas de liberdade, igualdade e fraternidade como sustentáculo de um capitalismo em prol da humanidade

Oportuno também enfatizar que, ao reconhecer a propriedade e a liberdade como direitos naturais, a partir da visão de Locke, certo é que o capitalismo humanista se harmoniza com o humanismo antropofiliaco e com a Lei Universal da Fraternidade, aspectos jurídicos e filosóficos que permeiam as relações econômicas.

Por isso que as empresas transnacionais devem respeitar a ordem jurídica capitalista humanista, para que suas atividades econômicas estejam de acordo com a Constituição Federal e respectiva ordem econômica constitucional, especialmente, na inserção dos direitos humanos em todas as suas dimensões nas suas relações internas e externas, a bem de tudo e de todos, sem qualquer tipo de exclusão.

Do ponto de vista prático é difícil, mas não impossível, que as empresas transnacionais e respectivos dirigentes e colaboradores sigam as diretrizes constitucionais, cabendo encontrar uma forma prática e eficiente na rotina da empresa, de inserir a principiologia capitalista humanista recepcionada pela Constituição Federal nas suas atividades econômicas e em todas as suas relações internas e externas.

3. Empresas transnacionais e regras de *compliance*

As empresas transnacionais são aquelas que nasceram dentro da economia de mercado para que seus produtos e serviços sejam consumidos além dos seus limites territoriais e retratam a globalização da economia e a sociedade de consumo.

Adotam como estrutura organizacional a existência de uma matriz no pais de origem e a instalação de filiais ou sucursais em outros países, sempre submetidos e subordinados as diretrizes empresariais da matriz.

Do ponto de vista do ciclo econômico, há a denominada internacionalização da produção, por meio da qual, os produtos originados ou produzidos por um pais são acessados e/ou consumidos pelas pessoas residentes fora daquele pais produtor.

As empresas transnacionais são movidas pela sociedade de consumo, que adota como pilares o consumo massificado e recorrente, na qual o crédito e o marketing são as bases para a mantença dessa sociedade, bem como para que resulte na eficiência econômica.

Historicamente, as transnacionais surgiram e se fixaram no mercado mundial após a segunda guerra mundial, com a necessidade de se difundir principalmente os produtos industrializados globalmente. Por isso, a ideia de transnacional está ligada diretamente ao fenômeno da globalização da economia.

O que faz uma transnacional se instalar num determinado país, principalmente, naqueles em desenvolvimento, é o potencial de mercado, a quantidade de consumidores e os custos de produção (geralmente mais baratos). Mas, além dessa perspectiva, por óbvio, a busca de maiores lucros ou de resultados financeiros é o que realmente resulta na decisão da transnacional optar por um ou outro mercado de consumo.

Ocorre que, a busca pelo lucro de maneira desenfreada e sem respeitar a ordem jurídica resulta em efeitos nefastos para toda a sociedade, vilipendiando a dignidade da pessoa humana.

Modernamente, do ponto de vista de gestão empresarial, é sabido que as empresas transacionais e respectivos dirigentes tem muita preocupação em agir conforme as denominadas "regras de compliance", ou, ainda, "gestão de compliance", já que existem departamentos e grande dispêndio de tempo para concretizar e demonstrar os resultados práticos dessas regras internas, que são efetivas para os dirigentes e colaboradores.

Analisando o alcance do termo, constata-se que a "gestão de compliance" nada mais é do que agir em conformidade com a ordem jurídica de determinado país, respeitando as leis (regras externas) e regulamentos internos.

Além disso, é um instrumento para atingir seus objetivos sociais dentro de uma conduta empresarial permeada por valores éticos, que são sempre preservados e respeitados, impondo sanções aos gestores e colaboradores que desrespeitam as regras de *compliance.*

Nesse contexto, tem-se por certo que as regras de "compliance" se mostram como instrumentos para resultados práticos e efetivos no respeito a ordem jurídica pelas empresas transnacionais e seus dirigentes, pois, mesmo que estes últimos não conheçam o cipoal de normas de determinado país, certamente respeitarão tudo que constar nas regras de compliance.

Essa é a realidade empresarial: as normas de compliance são absolutas e respeitadas pelos integrantes das empresas transnacionais, muitas vezes mais atendidas e aplicadas na rotina empresarial do que as leis locais.

De fato, as regras de compliance foram introduzidas nas empresas transnacionais e nacionais, sendo determinantes e direcionadoras aos dirigentes e colaboradores, inclusive implicando em sanções internas, dando efetivo resultado.

Na prática, constata-se que existe um comprometimento e uma submissão as regras de compliance pelos sócios, gestores e colaboradores, inclusive são adotadas como norte nas contratações de fornecedores, nas relações com os órgãos e Autoridades Públicas e no desenvolvimento das atividades econômicas, enfim, adentram na missão da empresa, criando uma verdadeira filosofia de conduta.

A esse propósito, já se manifestou o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes, agência da ONU encarregada de coordenar as atividades internacionais de fiscalização de estupefacientes, criada em 2002, ao abordar o compliance da seguinte forma:

> Para que a "função de compliance" seja eficaz, é necessário o comprometimento da Alta administração e que esta faça parte da cultura organizacional, contando com o comprometimento de todos os funcionários. Todos são responsáveis por compliance. Um programa de compliance eficaz pode não ser o suficiente para tornar uma empresa à prova de crises, mas certamente aprimorará o sistema de controles internos e permitirá uma gestão de riscos mais eficiente.
>
> Uma das ações mais efetivas na prevenção de corrupção nas empresas é o treinamento. O treinamento é um mecanismo importante de conscientização e engajamento de funcionários, na medida em que a responsabilidade pelo cumprimento às regras é de todos na organização. Devem fazer parte deste treinamento todos os níveis da empresa, não apenas os cargos de liderança e executivos, bem como parceiros e fornecedores" (texto extraído do site da UNODC – United Nations Office on Drugs and Crime, ao fazer referência ao semana internacional de Compliance e ética – fonte: <</www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2015/11/05--semana-internacional-de-compliance-e-etica.html>).

Em assim sendo, a eficácia do *compliance* coloca a empresa transnacional numa posição de respeito a constituição econômica e respectivos princípios da ordem econômica constitucional, previstos no artigo 170 da Constituição Federal.

Num país de regime capitalista, temperado pelo humanismo integral e pelos direitos humanos, em todas as suas dimensões, como é o adotado no Brasil, não resta dúvida de que uma regra de "compliance", elaborada

de acordo com os princípios constitucionais que direcionam a ordem econômica, será um instrumento apto a prevenção e a repressão de condutas ilícitas por todos que participam, colaboram ou se relacionam com a empresa transnacional.

4. O capitalismo humanista aplicado nas empresas transnacionais

A aplicação do capitalismo humanista nas empresas transnacionais é uma obrigação legal por força do disposto nos artigos 1º, III, IV, 3º, inciso II e 170 da Carta Maior e assim sendo, se efetiva e tem resultado prático se inserido nas regras de compliance.

Ao recepcionar o capitalismo humanista, a empresa e seus integrantes (colaboradores, dirigentes e fornecedores), estarão respeitando a Constituição Federal e poderão obter seu lucro e seus objetivos institucionais dentro das regras de direito econômico previstas na legislação brasileira, especialmente o total respeito a denominada "constituição econômica".

Não é aceitável que as empresas transnacionais pretendam exercer atividades econômicas no Brasil sem respeitar a dignidade da pessoa humana e a justiça social, ou seja, a finalidade maior da ordem econômica constitucional.

Nesse diapasão, como já sustentamos, não é a toa que o *"capitalismo deve corresponder à "liberdade individual com comprometimento", concretizando os direitos humanos no sentido da satisfação da dignidade da pessoa humana"*[243].

As regras de "compliance" se forem permeadas pela aplicação dos direitos humanos e respectivos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, a Constituição Econômica certamente será respeitada.

Com efeito, os princípios da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano, garantidos pela Constituição Federal, representam a primeira dimensão dos direitos humanos, mas tem que ser temperados pelos demais princípios da ordem econômica que tangenciam a igualdade (segunda dimensão) e fraternidade (terceira dimensão), para que sejam atingidos os fins da ordem econômica de garantia de existência digna, dentre os ditames da justiça social.

Exatamente é esse o norte que deve permear as regras de *compliance* nas empresas transnacionais, para que estas sejam compatíveis com a ordem jurídica constitucional e com os direitos humanos: regrar as condutas para

243 Sayeg, Ricardo et Wagner Balera, *"O capitalismo humanista'*, 1ª ed, Petropolis, KBR, 2011, p. 209.

que os agentes (sócios, administradores, gestores, colaboradores), sempre adotem as dimensões dos direitos humanos representadas pela liberdade, igualdade e fraternidade.

Nesse contexto, caso seja adotado um espírito capitalista humanista na empresa transnacional, como conduta normatizada na empresa, para que seus colaboradores respeitem os direitos humanos em todas as suas dimensões, por meio da fraternidade[244], estará sendo atingido o fim maior da ordem econômica que é a dignidade da pessoa humana.

Esse espírito capitalista humanista inserido nas regras de compliance em muito se assemelha aquele espírito capitalista de Max Weber, entretanto, no capitalismo humanista, merece ser adicionada a lei universal da fraternidade, ou seja, deve existir na empresa transnacional uma cultura capitalista eivada de humanismo integral, uma conduta de vida, cultural que permeia as relações econômicas e suas relações internas e externas.

As regras de compliance, se criadas com base na filosofia e no espírito capitalista humanista, principalmente, respeitando os ideais de liberdade, igualdade fraternidade, atenderão a vontade constitucional brasileira, como bem destacam Camila Castanhato e Rodrigo Cavalcanti, ao mencionarem que:

> *Para a escola do capitalismo humanista, a única forma capaz de frear os efeitos nefastos do capitalismo neoliberal financeiro ilimitada é o espírito da fraternidade. Necessário controlar o impulso "fáustico" de tudo controlar que vem da filosofia utilitarista que embasa as ideologias liberais. Sob essa ótica, a hermenêutica do direito não pode se vincular aos valores neoliberais do mercado, mas sim aos valores já proclamados pelo desenvolvimento o conjunto direitos humanos desde o século XVIII, histórica e culturalmente reconhecidos e afirmados*.[245]

No mesmo sentido, tratando da incidência do Capitalismo Humanista como proposta hermenêutica nas relações jurídicas e econômicas, Carolina Gladyer Rabelo e Luciana Simões Rebello Horta, em brilhante artigo apresentado no Grupo de Pesquisa do Capitalismo Humanista, deixam registrado que:

244 "fraternidade que deixa de ser vista como mera virtude moral para emergir como obrigação jurídica do Estado, da sociedade civil e dos homens livres para com todos e tudo, em especial para com os excluídos socialmente e para com o planeta – aplicável pelo método quântico, por conta de sua incidência gravitacional tridimensional, sob a ótica do desenvolvimento, da razoabilidade e da proporcionalidade" (SAYEG, Ricardo, ob. Cita, p. 215)

245 CASTANHATO, Camila; CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. Reflexões sobre a Liberdade e a Garantia dos Direitos Humanos na Era do Capitalismo Financeiro. In: *Colloquia: Reflexões de Direito Brasileiro e Internacional.* Volume 10. p.129-161. Amazon, 2015, p. 153.

> A filosofia do capitalismo humanista se utiliza de uma proposta hermenêutica antropofilíaca culturalista, voltada ao resgate dos valores naturais do homem, visando justamente equilibrar os efeitos devastadores do perverso sistema capitalista liberal atual. E é pela técnica do jus-humanismo normativo, derivada da teoria do capitalismo humanista, que tais valores tão importantes para a recuperação da decrépita e maculada sociedade em que vivemos serão implantados. Em suma, precisamos considerar os direitos humanos na esfera econômica, de uma vez por todas.[246]

Pelos motivos expostos, uma regra de *compliance,* se norteadora, eficaz e permeada pelos Direito Humanos e pela principiologia da Ordem Econômica Constitucional, será um importante instrumento para que as relações jurídicas e as atividades econômicas da empresa sejam consideradas respeitadoras da ordem jurídica, superando a questão da preservação da ética empresarial, para adentrar no respeito a dignidade da pessoa humana nas condutas empresariais.

5. Conclusão

O capitalismo humanista é o sistema adotado no Brasil de acordo com os princípios e normas constitucionais.

As empresas transnacionais são movidas por regras de *compliance* que, do ponto de vista prático, são aplicáveis e respeitadas por todos os integrantes de determinada empresa.

Assim, apesar de serem regras internas, estas devem respeitar o ordenamento jurídico, principalmente, a Constituição Federal, compatibilizando as regras de *compliance* com a primeira (liberdade), segunda (igualdade) e terceira (fraternidade) dimensão dos direitos humanos.

Na questão da ordem econômica constitucional, efetiva e traz resultados práticos, a inserção do capitalismo humanista dentro das regras de *compliance* é o instrumento que levará a efetivação dos direitos humanos, em todas as suas dimensões.

246 Rabelo, Carolina Gladyer et Horta, Luciana Simões Rebello. "BLOCKCHAINS NA ESCRITURAÇÃO DAS AÇÕES DAS S/A:A CONTABILIDADE PÚBLICA INDEPENDENTE" (artigo apresentado na I Conférence Scientifique « Sorbonne International Research Group – Human Rights and Economic Systems in the Digital Era » organisé par l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne, l'Institut du Capitalisme Humaniste (GCH) et l'Institut du Monde et du Développement pour la Bonne Gouvernance Publique (IMODEV) qui c'est tenue le 24 aout 2016 à la Pontificale Université Catholique de São Paulo (PUC-SP).

Isso porque, na prática, os integrantes de uma empresa transnacional se submetem as regras de *compliance* e as respeitam com total força normativa interna, norteando todas as atividades da empresa.

Assim, com a adoção de uma cultura capitalista humanista nas empresas transnacionais, por meio da inserção dos fundamentos do capitalismo humanista nas regras internas de *compliance,* efetivará a dignidade da pessoa humana, que é o fim da ordem econômica nacional.

REFERÊNCIAS

ARRUDA JUNIOR, Antonio Carlos Matteis. **Capitalismo Humanista & Socialismo**. Curitiba: Juruá, 2014.

BASTOS, Celso R. *(***Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. Celso Ribeiro Bastos Editor, IBDC, São Paulo, 1994, p. 97).

CASTANHATO, Camila. **Liberdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CASTANHATO, Camila; CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. Reflexões sobre a Liberdade e a Garantia dos Direitos Humanos na Era do Capitalismo Financeiro. In: **Colloquia:** Reflexões de Direito Brasileiro e Internacional. Volume 10. p.129-161. Amazon, 2015

CAVALCANTI. Rodrigo de Camargo. (orgs.). 1ª Coletânea Acadêmica da Associação de Pós-Graduandos em Direito da PUC-SP. SAYEG, Ricardo. **A linha de pesquisa da PUC-SP do Capitalismo Humanista e a PEC 383/2014**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

DUARTE, Juliana. **Teoria Jus-Humanista Multidimensional do Trabalho sob a Perspectiva do Capitalismo Humanista**. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2015.

HORTA, Luciana Simões Rebello. **Direito potestativo do mercado de capitais:** uma percepção quântica do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2015.

RABELO, Carolina Gladyer. **Responsabilidade Socioambiental no Sistema Financeiro:** Iniciativa Brasileira por um Capitalismo Humanista. São Paulo: Augusto Guzzo Revista Acadêmica, 2015, nº 16, 160-170.

ROGERST, Brishen. "The social costs of Uber" in **"The University of Chicago Law Review Dialogue"***,* 82:85, p. 85-102.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O Capitalismo Humanista**. Petrópolis: Editora KBR, 2011.

SAYEG, Ricardo. **Estudos preliminares para elaboração da Livre Docência** – Capitalismo Humanista no Brasil.

SUSTENTABILIDADE, DIREITOS HUMANOS E CONFLITOS NAS RELAÇÕES TRANSNACIONAIS NOS PAÍSES SUBDESENVOLVIDOS

SUSTAINABILITY, HUMAN RIGHTS AND CONFLICT IN TRANSNATIONAL RELATIONS UNDERDEVELOPED COUNTRIES

Maria Cláudia S. Antunes de Souza[247]
Micheline Ramos de Oliveira[248]

Sumário: Introdução. 1. Sustentabilidade nas relações transnacionais. 2. Conflitos, Direitos Humanos e Sustentabilidade nas relações transnacionais. 3. "Do Mundo Em Descontrole" Para Um Novo Ambiente Competitivo: transformando o panorama dos negócios. Reflexões finais. Referências Bibliográficas.

Resumo:
O artigo tem por objeto a reflexão se há violação de direitos humanos e sociais nas relações transnacionais e sua atuação nos países subdesenvolvidos. Quanto à Metodologia, foi utilizada a base lógica indutiva por meio da pesquisa bibliográfica. O artigo está dividido em três momentos: no primeiro, trata do reflexo da sustentabilidade nas relações transnacionais. No segundo, faz considerações sobre os conflitos, direitos humanos e sustentabilidade nessas relações. No terceiro, por fim, destaca a possibilidade de uma relação permeada pela

247 Doutora e Mestre em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa e Extensão "Paidéia", cadastrado no CNPq. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade", cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Coordenadora do Projeto de Pesquisa aprovado no CNPq intitulado: "Análise comparada dos limites e das possibilidades da avaliação ambiental estratégica e sua efetivação com vistas a contribuir para uma melhor gestão ambiental da atividade portuária no Brasil e na Espanha". E-mail: mclaudia@univali.br.

248 Doutora e Mestre em Antropologia Social pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professora do Mestrado Profissional em Gestão de Políticas Públicas da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professora dos cursos de Graduação em Direito e Psicologia da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pesquisadora associada ao grupo do CNPq "NAUI" da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Núcleo de dinâmicas urbanas e patrimônio cultural. E-mail: micheantr@hotmail.com.

alteridade entre empresas transnacionais e países subdesenvolvidos, onde o processo de otimização de competividade não se encontra acoplado exclusivamente a questões econômicas, mas a aspectos ambientais e sociais de todos os envolvidos no processo.

Palavras-chave: Relações Transnacionais; Sustentabilidade; Direitos Humanos; Conflitos.

Abstract:
The article focuses on reflection if there is violation of human and social rights in transnational relations and their role in developing countries. As for methodology, we used the rationale inductive through literature. The article is divided into three parts: the first, deals with the reflection of sustainability in transnational relations. The second, raises questions about conflicts, human rights and sustainability in these relations. In the third, finally, it highlights the possibility of a relationship permeated by otherness between transnational corporations and developing countries, where the competitiveness of the optimization process is not linked solely to economic issues, but the environmental and social aspects of all involved in the process.

Keyword: Transnational Relations; Sustainability; Human Rights; Conflict.

Introdução

Neste artigo tem-se a desígnio de contextualizar o paradigma da sustentabilidade com uma forma de desenvolvimento sustentável a ser inserido no contexto social, fato que, diante da realidade vivenciada, não se tem a segurança de um futuro com dignificação do ser humano conquanto aos recursos naturais disponíveis e essenciais para a sobrevida humana terrena.

O artigo tem por objeto a reflexão se há violação de direitos humanos e sociais nas relações transnacionais e sua atuação nos países subdesenvolvidos. O objetivo científico repousa em acentuar, por meio de um breve relato histórico, o desenvolvimento do fenômeno da sustentabilidade, como meio indutor da mudança de comportamento humano. Isso é feito por meio do estudo do fenômeno da sustentabilidade, como direção finalística de consideráveis meios de soluções aos problemas desencadeados por essa globalização, com tendência às inovações, seja de natureza científica ou jurídica, sempre em direção da primazia do progresso humano sustentável.

Nessa perspectiva, justifica-se a análise do tema central, por se encontrar a essencialidade de um sistema considerado sustentável. O manuseio ineficaz e irresponsável das estruturas desse sistema, que não leva em conta sua complexidade, acaba reverberando negativamente em várias instâncias, nesse caso, nas relações transnacionais. Aqui a discussão do fenômeno do conflito violento ou não, torna-se fundamental, principalmente por desvelar a violação de direitos humanos e sociais nas relações entre empresas transnacionais e países subdesenvolvidos.

Dessa forma, como problema central, direciona-se nos seguintes questionamentos: As empresas transnacionais procuram países subdesenvolvidos para violar direitos humanos e aumentar seu lucro? Como inserir nesse contexto social mudanças que traduzam os efeitos da sustentabilidade ou da forma de desenvolvimento sustentável? Será realista considerarmo-nos administradores de uma entidade chamada meio ambiente, alheia a nós, uma alternativa à economia, um valor caro demais para ser protegido em épocas de dificuldades econômicas?

Procurando responder a problemática de que, se as empresas transnacionais procuram países subdesenvolvidos para aumentar seu lucro, sem a preocupação da violação dos direitos humanos e sociais, trabalharemos nesse artigo a tríade sustentabilidade, direitos humanos e conflitos, na tentativa de refletir criticamente sobre a relação das empresas transnacionais com a comunidade onde estão instaladas. Isso porque, as atividades dessas empresas e seus impactos, não estão vinculados apenas a aspectos econômicos, mas ambientais e sociais.

Para a fundamentação teórica da presente pesquisa, destacam-se algumas contribuições de Enrique Leff, John Elkington, Samuel Huntigton, E. Schumacher, Bob Williard, Georg Simmel, Loic Wacquant, Anthony Giddens, Stuat Hall.

O artigo está dividido em três momentos: no primeiro, trata do reflexo da sustentabilidade nas relações transnacionais. No segundo, faz considerações sobre os conflitos, direitos humanos e sustentabilidade nessas relações. No terceiro, por fim, destaca a possibilidade de uma relação permeada pela alteridade entre empresas transnacionais e países subdesenvolvidos, onde o processo de otimização de competividade não se encontra acoplado exclusivamente a questões econômicas, mas a aspectos ambientais e sociais de todos os envolvidos no processo.

Quanto à Metodologia, foi utilizada a base lógica indutiva por meio da pesquisa bibliográfica e na escritura final foi utilizado o método indutivo com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

1 Sustentabilidade nas Relações Transnacionais

Nos últimos tempos, o modelo econômico e tecnológico tem desenvolvido características de consumo exagerado de bens e serviços, atrelados ao conceito de qualidade de vida, exploração irresponsável dos recursos naturais e o descaso com as desigualdades sociais.

O tema "sustentabilidade", atualmente, não é mais um assunto restrito ao circulo de ambientalista ou de profissionais especialistas em estudos sobre o meio ambiente. É discutido nas instituições de ensino, segmentos financeiros, setores industriais, entidades representativas, em organizações governamentais e não governamentais, integrando o assunto a todas as atividades.

A construção do conceito de sustentabilidade, pelas partes envolvidas, exige, necessariamente, a adoção de uma visão de planejamento e de operação, capaz de contemplar a complexidade dos problemas globais e atender o fator tempo numa escala de curto, médio e longo prazo. A transição do modelo de desenvolvimento atual rumo à sustentabilidade tem sido, portanto, o grande desafio enfrentado pelos principais segmentos da sociedade: empresas, governos e sociedade civil organizada (TRIGUEIRO, 2003, p. 122).

Sabe-se que a manutenção do meio ambiente saudável, isento de prejuízos, que confira a segurança necessária àqueles que estão interligados, por qualquer forma, ao referido ambiente, é fundamental a realização de um planejamento e adequação aos novos padrões, redirecionando uma política sustentável e reflexível.

A sustentabilidade deve ser pensada numa perspectiva global, envolvendo todo o planeta, com equidade, fazendo que o bem de uma parte não se faça à custa do prejuízo da outra. A sustentabilidade, assim, passa a ser o conjunto de mecanismos necessários à manutenção de algo sem que gere danos (ou, pelo menos, os reduza) no ambiente referenciado, também levando em consideração os demais ambientes, para que haja uma intenção de perfeito equilíbrio entre eles, não se privilegiando um em detrimento dos demais.

Os alicerces da sustentabilidade se evidenciam nas seguintes definições: toda atividade humana deve se restringir à capacidade de suporte ecológico do planeta e não deve consumir recursos naturais além da capacidade dos ecossistemas de regenerá-los. Ultrapassá-los põe em risco tanto a capacidade da geração atual de satisfazer suas necessidades, quanto à capacidade das gerações futuras de satisfazer as delas. (WILLARD, 2014, p. 20).

As tendências atuais são insustentáveis e, se faz necessário, revertê-las para garantir um futuro mais saudável para as próximas gerações. Com este pensamento, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas publicou o conhecido "Relatório de Brundtland", em

1987, denominado como "Nosso Futuro Comum", buscando atender às necessidades humanas, ao garantir a equidade global para as gerações presentes e futuras, através da redistribuição dos recursos para as nações mais pobres e pela conservação ambiental, reforçando a necessidade de repensar a postura do homem diante do meio ambiente, provocando reflexões sobre o desenvolvimento sustentável.

As estratégias da sustentabilidade proporcionam às empresas uma vantagem competitiva significativa. A empresa que compreender antes esses benefícios, contará com uma significativa vantagem competitiva. Já as empresas que negligenciarem essa realidade, simplesmente estarão desperdiçando ganhos financeiros. (WILLARD, 2014. p.16).

O modelo econômico atual é insustentável e ameaça a existência da espécie humana. Os governos são bem-intencionados, mas incapazes de liderar – eles se veem reféns da arrecadação fiscal e apegados demais aos interesses convencionais para serem eficazes. (WILLARD, 2014).

A existência humana depende da capacidade do homem de administrar os recursos naturais para assegurar sustentabilidade social e econômica. Se não agir, não sobreviverá, e isso não é uma boa prospectiva.

O modelo de negócio que se adotou nos últimos 150 anos está ultrapassado, encoraja às organizações a exaurir implacavelmente o capital natural do qual, empresas e comunidades, dependem para seu suprimento de água, energia, alimento e materiais. O consumo excessivo e má administração de recursos resultaram na utilização insustentável do capital natural e social. As mudanças climáticas pressionam ainda mais os nossos sistemas naturais, dos quais todos os sistemas sociais e econômicos dependem. Tem-se um tempo limitado para evitar um ponto de ruptura global que pode impactar a humanidade inteira, inclusive as gerações futuras, de forma adversa e permanente.

Nos dizeres de Schumacher (1989)[249], a questão do crescimento está associada à sedução pela tecnologia de grande escala. As "soluções" científicas ou tecnológicas, que envenenam o ambiente ou degradam a estrutura social e o próprio homem, não são benéficas, não importa quão brilhantemente tenham sido projetadas. Pelo contrário, advoga tecnologias suficientemente baratas para que estejam ao alcance de todos, adequadas para aplicação em pequena escala e compatíveis com a necessidade humana de criatividade. Destaca que a expansão econômica tornou-se o permanente interesse de todas as sociedades modernas. Caso alguma atividade seja rotulada de

249 Trata-se de uma coletânea de ensaios que refletem a filosofia do economista E. F. Schumacher sobre o pensamento moderno, econômico, ecológico e espiritual. Defende que se deve valorizar o homem, mais do que a produção, e o trabalho, mais do que o produto. O trabalho, afirma, deve ser um processo que dignifique e incentive a criação, não um fator de produção a ser minimizado ou substituído pela mecanização (SCHUMACHER, 1989).

antieconômica, seu direito de existir não é meramente questionado, mas energicamente negado. Contudo, estes pensamentos agridem diretamente o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, dificultando sua aplicação em prol do interesse comum e de um futuro sustentável.

Em termos legais, o direito de sustentabilidade é um direito pensado em termos de espécies e em termos de resolução de problemas globais. Ele traz em si a estrutura clássica dos ordenamentos jurídicos, sociais, econômicos e ambientais, que são característicos de estados soberanos, mas claramente vai além desse âmbito. Sua vocação é fornecer soluções que sirvam a todos, independentemente de onde eles são ou de onde eles nasceram. Tem por objetivo proporcionar esperança de um futuro melhor para sociedade em geral (FERRER, 2014).

Contribui nesta linha de pensamento Enrique Leff (2006, p. 31), explicando que: "atualmente o conceito de ambiente se defronta necessariamente com estratégias de globalização e com a reinvenção de novo mundo", conformado por uma diversidade de mundos, pressupõe que se abra o cerco da ordem econômico-ecológica globalizada. Destaca que "o princípio da sustentabilidade surge como uma resposta à fratura da razão modernizadora e como uma condição para construir uma nova racionalidade produtiva", fundada no potencial ecológico e em novos sentidos de civilização a partir da diversidade cultural do gênero humano (HUNTIGTON, 2002, p. 25).

A sustentabilidade corresponde num dos fundamentos do que se chama de princípio da responsabilidade de longa duração, consistindo na obrigação dos Estados e de outras constelações políticas em adotarem medidas de precaução e proteção, em nível elevado, para garantir a sobrevivência da espécie humana e da existência condigna das futuras gerações (HUNTIGTON, 2002).

No entanto, a sustentabilidade, quando tratada em determinado ambiente, deve levar em consideração suas diversas dimensões, não privilegiando somente a dimensão em que se encontra ligada, sob pena de causar danos às demais dimensões e prejudicar a sociedade que se objetiva proteger. Portanto, ao se identificar a sustentabilidade de uma dimensão, não se pode olvidar da existência das demais e cuidar para que haja um equilíbrio entre as dimensões, a fim de não prejudicar as demais. Este equilíbrio é complexo e variável, devendo ser identificado caso a caso, o que se chama de flexibilização.

Destaca-se que o desenvolvimento sustentável requer colaboração e parceria com outras organizações não empresariais. Essas parcerias somente fazem sentido em um esquema global: tratar pobreza no terceiro mundo da mesma forma com que se considera controle de poluição. As empresas não podem atingir todos estes itens sozinhas, mas observa que as empresas mais esclarecidas integraram uma dimensão social em suas estratégias corporativas.

Sabe-se que os valores sociais e empresariais diferem em todo o mundo. Este é o contexto pelo qual o desenvolvimento sustentável deve ser posto em prática, o grande desafio é desenvolver nas empresas os valores éticos e sociais e, não somente valor econômico (ELKINGTON, 2012, p. 38).

2 Conflitos, Direitos Humanos e Sustentabilidade nas Relações Transnacionais

A negação da alteridade, e sua complexa teia de significados e sentidos aqui expressas, denuncia que a violência pode vir a adotar tons de banalidade e cotidiano, nos processos de empresas transnacionais que se instalam em países subdesenvolvidos. Como conduzir o diálogo com o país adotado a bom termo diante de visões de mundo e códigos de conduta, por vezes tão diferentes e até opostos? Como fazê-lo levando em consideração o crescimento sustentável, que não descarte uma "segurança humana e ambiental"? (LASZLO, 2005).

Para iniciar esse debate, é importante ressaltar que diferentes escalas de conflito o perpassarão, a categoria conflito a qual nos filiamos está atrelada a questões de sociabilidade e violências, numa pesquisa que considera que "todas as formas sociais aparecem sob nova luz quando vistas pelo ângulo do caráter sociologicamente positivo do conflito" (SIMMEL, 1992, p. 124).

Aqui, os conflitos socioambientais ganham foco, destacando e abarcando para além dos recursos naturais, as coletividades em torno desses bens e suas formas de inter-relacionamento com o território. As presenças do limite internacional, das políticas públicas para o ambiente e a justaposição de ações socioambientais, tornam a fronteira um território ainda mais dinâmico. Ainda mais, quando se pensa, nesse caso, que a sustentabilidade "não é só uma missão corporativa, ela é também um imperativo dos negócios no século XXI" (LASZLO, 2005).

É importante frisar que aqui não estamos dizendo que qualquer conflito não possa ser um conflito violento em potencial, ou que qualquer conflito violento tenha tido sua origem num conflito socializador, mas que é relevante atentarmos para o fenômeno de transformação de um para o outro, no sentido de podermos traçar um mapa dessa trajetória que auxilie na compreensão de tal fenômeno, o que poderia nos fornecer elementos cruciais para a compreensão do que leva um estilo de conflito a se transformar em outro ou a durar no tempo, seja ele constituidor de sociabilidade ou de violências. Pois, ambas as formas forneceriam dados importantes para elucidação da

violação de direitos terem sua origem numa relação econômica, como no caso das empresas transnacionais e suas formas de conduta num cenário de subdesenvolvimento.

Ora, a partir dessa lógica, uma inspiração durkheimiana do consenso e das sociologias marxistas e weberianas do conflito, pode não abrir espaço[250] para uma leitura da categoria de conflito simmeliana que aponta para o "jogo do social", para a plasticidade, para as idas e vindas que conformam o social, enfim, como forma que se faz e desfaz no tempo, como fundamental para os estudos de violação de direitos por empresas transnacionais.

Quando partimos da lógica defendida até o momento, podemos perceber de um lado, uma forma do social se consolidar na relação das empresas transnacionais e seus interlocutores internacionais que não obedece a esta plasticidade, já que as vidas das pessoas que habitam esses países encontram-se, muitas vezes, engessadas nas condições de pobreza, subemprego e até mesmo de ausência das condições mínimas de exercício de sua cidadania, como no caso da inserção de indústrias petrolíferas na fronteira Brasil-Peru.

Na maioria das vezes, o conflito nesta fronteira decorre de processos de reestruturação do território e da ação de frentes de expansão advindas do extenso regime de concessões concorrentes sobre o território peruano. (OLIVEIRA, 2014).

Nesse caso, os indígenas estão submetidos, às variadas pressões violentas, em detrimento, e, em nome de um dito desenvolvimento. Dentre outros, as consequências dessa relação transnacional desagua em desmatamento, na contaminação das águas, como também em abalos sísmicos realizados para estudos de viabilidade técnica e futura implantação. Em relação à extração petrolífera os territórios em que vivem os indígenas isolados são os que demandam situação de grande risco (OLIVEIRA, 2014).

De outro lado, vemos aquelas experiências, tributárias de plasticidade nas relações transnacionais, como a *NatureWorks LLC*, uma subsidiária da Cargill, que vem tentando integrar sustentabilidade em seu modelo de negócios, com iniciativas, como a preocupação com o desenho e a manufatura das embalagens, no sentido de não agredir o meio ambiente ou se tornar um obstáculo para sua recuperação (LASZLO, 2005).

Nesse sentido, nos termos sobre os direitos humanos, apontar para o tema do conflito é discutir a capacidade que nossas modernas sociedades complexas têm de assegurar mobilidade/plasticidade das formas do social se

250 Nesse sentido, concordamos com Santos (2005, p. 13-14) quando diz que: "[..] Se fecharmos os olhos e os voltarmos a abrir, verificamos, com surpresa, que os grandes cientistas que estabeleceram e mapearam o campo teórico em que ainda hoje nos movemos, viveram ou trabalharam entre o século XVIII e os primeiros vinte anos do século XX, de Adam Smith e Ricardo a Lavoisier e Darwin, de Marx e Durkheim a Max Weber e Pareto, de Humboldt e Planck a Poincaré e Einstein".

apresentar, no sentido de que, experiências de injustiças possam ser reparadas nas relações de empresas transnacionais e países subdesenvolvidos. Como podemos observar, nos casos emblemáticos das indústrias petrolíferas, onde pode levar gerações para que as situações de violências sejam revertidas, e isso quando é possível repará-las. Daí advém à pergunta: quanto tempo uma situação de conflito pode durar sem dela se originar uma condição de violência? Temos aí o fator tempo (duração) como elemento a ser pensado: populações inteiras tendo seus direitos violados por meio de relações da exploração da força de trabalho.

Nestes termos, a teoria simmeliana de conflito ganha força e sentido se pensarmos nas relações como constituídas por uma forma que estrutura um grande número de interações diferentes, sejam elas de exploração do trabalho, competição econômica, acordo político, entre outros. (VANDENBERGHE, 2005)[251].

A própria forma de tessitura desses conflitos em suas múltiplas dimensões, escalas e ordens de valores ético-morais, visões de mundo, estilos de vida e códigos de emoções (Velho, 1981) revelam quando o conflito se transfigura em violência por meio da situação contraposta: empresa transnacional/comunidade.

Indo adiante, Loic Wacquant (2001) aponta para o tema da violação dos direitos humanos e da democracia disjuntiva como forma de disposição do jogo social onde o conflito está presente numa escala que opõe empresas transnacionais e os países subdesenvolvidos em termos de seus universos simbólicos distintos. Assim pode ser dito, que:

> A acessibilidade aos recursos naturais, assim como seu deslocamento, revelará a natureza das relações sociais e de poder entre os do lugar e os de fora do lugar onde se encontram. As fronteiras, os limites territoriais, se impõem como fundamentais para entender as relações sociais e de poder, o que implicará nas relações de pertencimento e estranhamento (um nós e um eles), assim como relações de dominação e exploração, através do espaço, pela apropriação/expropriação de seus recursos (PORTO-GONÇALVES, 2004, p. 66).

251 Desde a década de 80 do século passado, conforme Moraes Filho (1983), principalmente na sociologia americana, a discussão sobre conflito voltou à ordem do dia, não mais como fator negativo, mas com a ideia de positividade defendida por Simmel já no início do mesmo século. Nesse sentido, ao falar sobre o conflito em Simmel, Vandenberghe (2005) professa que devemos conceber todas as diferenciações polares como uma só vida de maneira a sentir o pulso de uma vitalidade central mesmo naquilo que, se considerado do ponto de vista de um ideal particular, não deveria existir absolutamente e é apenas algo negativo. Assim, devemos permitir que o sentido global de nossa existência brote de ambas as partes.

As práticas culturais objetivas da violência de empresas transnacionais, autorizadas pelo Estado, no contexto de uma relação econômica, estão entremeadas por múltiplas e díspares experiências subjetivas das violências, ordenando a vida cotidiana dos trabalhadores e comunidades. Violência, pobreza, miséria, fome são algumas das consequências de uma relação de exploração de empresas transnacionais quando se estabelecem em países subdesenvolvidos. Nesse sentido, por meio de uma abordagem holística, a transição do modelo de desenvolvimento atual rumo à sustentabilidade torna-se imprescindível, para que a força econômica não ocupe mais o papel de protagonista muitas vezes em detrimento dos direitos humanos. (DOMINIQUINI; BENACCHIO, 2015).

3 "Do Mundo em Descontrole"[252] para um Novo Ambiente Competitivo: transformando o panorama dos negócios

Sabe-se que o modelo econômico atual ainda tem uma imagem desgastada com os investidores de consciência social e com ambientalistas. Nos últimos anos, o tema sustentabilidade tem sido alvo crescente de debates nos mais diferentes fóruns. No ambiente empresarial, a sustentabilidade corporativa tem avançado por meio do conceito do *Triple Bottom Line*[253], segundo o qual as organizações podem obter resultados positivos para o negócio quando incorporam na estratégia empresarial, de maneira equilibrada e indo além das obrigações legais, as dimensões econômica, ambiental e social.

Sustentabilidade corporativa não é uma ferramenta gerencial e não pode ser aplicada apenas com uma ou duas ações pontuais. É um conceito que deve permear todos os instrumentos de gestão. Requer uma mudança de cultura organizacional e o alinhamento da estratégia da empresa com o objetivo de alcançar a perpetuidade, financeiramente estável, por meio de boas práticas socioambientais e de governança corporativa.

Cinco megatendências inter-relacionadas estão expandindo o escopo do significado de se criar valor de negócio de um foco restrito dos acionistas a um que inclui o valor aos *stakeholders,* com base nos impactos econômicos, ambientais e sociais que uma empresa tem sobre seus diversos participantes. Quando agrupadas, essas tendências estão transformando o panorama dos negócios (LASZLO, 2005. p. 63):

252 Pedimos licença para a utilização da expressão cunhada por Anthony Giddens em seu livro intitulado: "Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós". Aqui o autor reflete densamente sobre os impactos negativos e positivos da globalização na contemporaneidade.

253 Sobre o assunto, recomendamos a obra **Sustentabilidade: canibais com garfo e faca,** de John Elkington, criador dos três grandes pilares da sustentabilidade, reconhecidos em todo o mundo como *Triple Botom Line: Profit – planet e people*.

1. **Há uma lacuna grande e crescente entre as necessidades da sociedade e o que o setor público pode fornecer como soluções**. Os governos e as organizações sem fins lucrativos estão revelando-se ineficazes na abordagem da mudança climática, da pobreza, da poluição, das doenças e da exclusão social. Essa lacuna cria uma oportunidade sem precedentes para que as empresas façam parcerias colaborativas com essas instituições para o enfrentamento de problema complexo;
2. **A sociedade civil está experimentando expectativas crescentes em relação às empresas em termos de saúde, segurança, bem-estar social e do meio ambiente.** Por exemplo, em muitos setores, o aumento da eficiência energética já não é mais suficiente; a redução de emissão de carbono para atenuar as mudanças climáticas agora está começando a ser uma das principais expectativas dos consumidores;
3. **A Internet e suas plataformas colaborativas de baixo custo têm possibilitado que os *stakeholders* se unam em comunidades virtuais auto-organizadoras para enquadrar as corporações.** Baseadas num sistema de velocidades incríveis e cruzando fronteiras geográficas, essas comunidades de interesse recompensam as organizações que são percebidas nas ações de avançar seus interesses e penalizam aquelas que não o fazem. Táticas recentes incluem o uso de documentos hollywoodianos, vídeos do *you tube* e mapas do *google* para disseminar mensagens a um novo público sobre práticas comerciais percebidas como indesejáveis;
4. **Novos mecanismos de mercado afixam um preço aos impactos ambientais e sociais.** Por exemplo, as *London & Chicago Climate Exchanges* agora fornecem recursos financeiros para as empresas investirem em programas de redução de emissão de gases de efeito estufa. No entanto, o crescimento dos investidores "verdes" está aumentando o custo do capital para empresas vistas como piores do que as congêneres em termos de utilização de energia não renovável ou de **violações de direito humanos;**
5. **As novas legislações estão agregando padrões de desempenho mais rígidos e novos níveis de complexidade para as empresas em uma gama ampla de setores.** A Ab32 da Califórnia, um decreto passado como lei pelo governador *Schwarzenegger* em setembro de 2006, determina uma redução de 25% na emissão de dióxido de carbono até 2020. A Norma REACH (*Registration, Evaluation and Authorzation of Chemicals*) da União Europeia, requer que as

> empresas revelem a composição e o impacto na saúde humana das substâncias químicas encontradas em seus produtos. Ambas as leis obrigam as empresas de diversos setores a investir em padrões de desempenho mais alto no tocante às questões ambientais.

A empresa que despertar e começar a colocar em prática estas condutas, se destacará com um poder inédito para efetuar a mudança corporativa. O novo ambiente corporativo não torna as empresas os únicos elementos responsáveis pela solução dos problemas globais, contudo terão um diferencial das demais (Laszlo, 2005. p. 63-64). Sabe-se que as mudanças climáticas e a pobreza mundial, citando duas questões globais, exigirão a cooperação e coliderança com os governos e a sociedade civil. Destacando ainda, a conscientização dos consumidores sobre as questões globais e como suas escolhas contribuem para um futuro mais saudável e sustentável. A imagem desgastada está migrando para uma nova era, graças à postura de alguns investidores[254] que buscam exercer uma atividade diferenciada.

Muitos problemas estão passíveis de correção apenas pelo bom uso da informação, eis o lado positivo da globalização, que ajuda na disseminação mundo afora das demandas que clamam por consciência de empresários e consumidores, o que faz com que medidas sejam tomadas sem a necessidade de haver um processo violento, como averiguado historicamente em relações transnacionais. Aqui, vislumbramos um processo paulatino e trabalhoso, que munido por informações compartilhadas, pode vir a gerar uma relação de alteridade percebida nas posturas individuais e coletivas, atravessadas pelo fenômeno da globalização (GIDDENS, 2007).

O novo panorama de negócios, se legitimado nas relações entre empresas transnacionais e países subdesenvolvidos, pode corroborar com a desconstrução de uma relação conservadora calcada na tradição, agora baseada na tradução (Hall, 2003), onde as partes envolvidas numa relação transnacional, ganham, enriquecendo sua bagagem, não só economicamente, mas social e culturalmente.

254 Sobre o assunto, recomenda-se a leitura da obra de Chris Laszlo intitulada *"Valor Sustentável:* como as empresas mais expressivas do mundo estão obtendo bons resultados pelo emprenho em iniciativas de cunho social", que aborda o progresso no enfrentamento de desafios globais por parte de empresas como *DuPont, Wal-Mart, Lafarde e NatureWorks LLC*, uma subsidiária da Cargill.

Reflexões Finais

Nesse artigo versamos sobre o reflexo da sustentabilidade nas relações transnacionais, focalizando os conflitos e o impacto desses nos direitos humanos e sociais. Destacamos a possibilidade de uma relação transnacional atravessada pela alteridade entre empresas e países subdesenvolvidos, lugar em que a competividade não deixa o foco, nem mesmo às questões econômicas, mas são equacionadas pelos aspectos ambientais e sociais, imprescindíveis para a inversão, daquilo que costumamos presenciar na era da globalização, parafraseando Giddens (2007) "do mundo em descontrole" para um mundo, onde o controle ganhe espaço, mas não perpetuado pelo empoderamento de poucos à custa de uma minoria, que na realidade representa uma maioria (SCOTT, 2005).

Ou seja, aqui, o etnocentrismo instituidor de empresas transnacionais, cede espaço para uma relativização do modo de produção e competividade, que leva em conta a diversidade e a alteridade de uma forma concreta, com iniciativas, como as citadas por (Laszlo, 2005), em que a globalização deixa de ser o "lobo mal" da pós-modernidade e passa a contribuir para uma nova produção de sentido de uma parcela da população mundial em relação às empresas em geral, onde está em processo à construção de uma conotação positiva em termos de saúde, segurança, bem-estar social e do meio ambiente.

Enfim, não podemos ser ingênuos ao ponto de analisar as relações transnacionais apenas sob o foco de um conflito positivo (SIMMEL, 1992), mas a "desordem" causada pela falta do centro organizador na era da globalização, não leva a uma total desintegração, muito pelo contrário, aqui, os novos centros podem ser articuláveis. O deslocamento, característica emblemática da pós-modernidade, pode apresentar um caráter positivo, pois que desestrutura as identidades estáveis do passado, nesse caso um modo hegemônico de conduzir uma empresa, centrada exclusivamente no lucro econômico, ao mesmo tempo que, questiona tais estabilidades e proporciona o jogo de novas identidades empresarias, que longe de deixarem de lado suas preocupações com competitividade, sabem, ou deveriam saber, que na era onde a informação circula livremente, a preocupação com sustentabilidade e direitos humanos e sociais não podem deixar a pauta do dia.

REFERÊNCIAS

DOMINIQUINI, E.D.; BENACCHIO, M. A insustentabilidade da relação entre direitos humanos e economia corporativa global na pós-modernidade, com ênfase no mercado financeiro. In: **Direito e sustentabilidade** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Yoshida, C.Y.M.; Sparemberger, R.F.L.; Cavallazzi, R.L. (Coord.). Florianópolis: CONPEDI, 2015.

ELKINGTON, J. **Sustentabilidade:** canibais com garfo e faca. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda, 2012.

FERRER, G.R. Calidad de vida, médio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construímos juntos el futuro? **Revista NEJ – Eletrônica**, p. 320, 2014.

GIDDENS, A. **Mundo em descontrole: o** que a globalização está fazendo de nós. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

HALL, S. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 7. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

HUNTIGTON, S. P. **Choque de civilizaciones?:** texto crítico de Pedro Martinez Montávez. Madrid: Tecnos, 2002.

LEFF, E. **Saber ambiental:** sustentabilidade, racionalidade, complexidade e poder. Tradução de Lúcia M. E. Horth. Petrópolis: Vozes, 2006.

LASZLO, C. **Valor Sustentável:** como as empresas mais expressivas do mundo estão obtendo bons resultados pelo emprenho em iniciativas de cunho social. Trad. Celso Roberto Paschoa. Rio de Janeiro: Qualitymark. 2005.

MORAES FILHO, E. (Org.). **Georg Simmel:** sociologia. Coleção Grandes Cientistas Sociais, vol. 34. São Paulo: Ática, 1983.

OLIVEIRA, C.R. Amazônia loteada pelo petróleo e gás: conflitos socioambientais na fronteira Brasil-Peru. **Anais do I Congresso Brasileiro de Geografia Política, Geopolítica e Gestão do Território**, 2014, Rio de Janeiro. Porto Alegre: Editora Letra1; Rio de Janeiro: REBRAGEO, 2014, p. 826-842.

Our Common Future (the Brundtland Report). Oxford, 1987. 400p. Disponível em: <www.un-dobuments.net/wced-ocf.htm>. Acesso em: 20 abr. 2014.

PORTO-GONÇALVES, C. W. **O desafio ambiental**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

SANTOS, B.S. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2005.

SCOTT, J.W. O Enigma da Igualdade. **Estudos Feministas**, Florianópolis, 13(1), p. 216, jan./abr. 2005.

SIMMEL, G. **Le Conflit**. Saulxures: Circé, 1992.

SCHUMACHER, E. F. *S***mall is Beautiful:** a study of economics as if people mattered. Harper Perennial, 1989.

TRIGUEIRO, A. **Meio ambiente no século 21**. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

VANDENBERGHE, F. **As sociologias de Georg Simmel**. São Paulo: Edusc; Belém: Edufa, 2005.

VELHO, G. **Individualismo e cultura:** notas para uma antropologia da sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

WACQUANT, L. **Punir os pobres:** a nova gestão da miséria nos Estados Unidos, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Coleção Pensamento Criminológico, 2001.

WILLARD, B. **Como fazer a empresa lucrar com Sustentabilidade:** aumente a receita e a produtividade & reduza riscos e despesas. São Paulo: Saraiva. 2014.

DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICÁVEIS NAS RELAÇÕES ENTRE EMPRESAS TRANSNACIONAIS E PARTICULARES

FUNDAMENTAL RIGHTS APPLICABLE BETWEEN TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND INDIVIDUALS

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira[255]
Maiara Sanches Machado Rocha[256]

Sumário: Introdução- 1. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas – 2. Teorias aplicáveis quanto a eficácia dos direitos fundamentais- 2.1 Teoria da eficácia indireta ou mediata- 2.2 Teoria da eficácia direta ou imediata- 2.3 Teoria da eficácia direta moderada ou atenuada- 2.4 Da doutrina *state action*- 3. Eficácia direitos fundamentais nas relações entre as empresas transnacionais e os particulares - 3.1 Empresas transnacionais- 3.2 Espécies de direitos fundamentais nas relações entre empresas transnacionais e particulares - 3.2.1 Direitos positivos que envolvam empresa transnacional e particulares- 3.2.2 Direitos negativos que envolvam empresas transnacionais e particulares- Conclusão. Referências.

Contents: Introduction- 1. Effectiveness of fundamental rights in private relationships - 2. Applicable theories as the effectiveness of the fundamental rights - 2.1 Theory of indirect efficacy - 2.2 Theory of direct effective immediately or 2.3 Theory of direct efficacy moderates or attenuated- 2.4 The doctrine of state Action- 3. Effectiveness fundamental rights in relations between transnational companies and individuals - 3.1 Transnacionais companies 3.2 Fundamental rights Species in relations between transnational companies and individuals

255 Procurador do Estado de São Paulo, Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP (Subárea Direito Constitucional), Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNAERP e professor convidado de cursos de pós-graduação (PUC-COGEAE, UFBA, Faculdade Baiana de Direito, JUSPODIVM, FAAP e USP-FDRP), orientador da pós-graduação da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e da pós-graduação de Processo Civil da USP-FDRP.

256 Advogada, Mestranda em Direito – Proteção e Tutela dos Direitos Coletivos- pela Universidade de Ribeirão Preto/SP.

- 3.2.1 Positive rights involving transnational company and individuals- 3.2.2 Negative rights involving transnational and individuals- Conclusions. References.

Resumo
O objeto do presente trabalho é a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas entre particular e empresas transnacionais, quanto aos direitos negativos e direitos positivos.
Palavras-chave: direitos fundamentais; empresas transnacionais; eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Abstract
The work of this object is the application of fundamental rights in private relationships between private and transnational companies, as the negative and affirmative rights
Keywords: fundamental rights; transnational companies; effectiveness of fundamental rights in private relations.

Introdução

Atualmente, devido ao desenvolvimento da sociedade, relações de consumo e surgimento de grandes empresas, verificamos o aumento das relações jurídicas entre indivíduos, resta saber se há aplicação de direitos fundamentais nestas relações.

Problemática começa a surgir na Alemanha, em meados da década de 50 (SOMBRA, 2011, p. 98), surgindo a questão se somente o Poder Público seria sujeito passivo dos direitos fundamentais. Não estariam, portanto, os particulares obrigados a respeitar esses direitos quando presente em uma relação com outro indivíduo? Como poderia ocorrer essa efetiva aplicação de direitos nas relações privadas?

Inicia-se, então, a discussão doutrinária no que diz respeito à eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares e, especificamente para o nosso objeto de estudo, se são aplicáveis os direitos fundamentais nas relações entre empresas transnacionais e particulares, quanto a direitos negativos (abstenção de realizar determinada conduta) e positivos (realizar determinada conduta).

Apresentado o objeto de estudo do presente trabalho, passa-se então a análise dos conceitos, teorias e decisões emanadas pelos tribunais brasileiros no que tange à aplicação e eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares, visando a resposta ao final do problema ora suscitado.

1. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

Antes de adentrar diretamente ao nosso objeto de estudo são necessários alguns esclarecimentos acerca dos conceitos ora empregados.

Nas lições de Schmitt (1996, p. 105) "os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente direitos ao homem individual, livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado", discorrendo ainda que o exercício desses direitos não depende de uma manifestação do legislador ordinário por meio de lei infraconstitucional posto que estão amparados por "garantias com força constitucional".

José Afonso da Silva (1999, p. 175) conceitua direitos fundamentais como sendo um "c*onjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana".*

Conforme se observa, Schmitt (1996, p. 105) e José Afonso da Silva (1999, p. 175) conceituam os direitos fundamentais como direitos essenciais ao homem frente ao Estado, entretanto, no presente estudo o que se apresentará é a eficácia desses direitos fundamentais nas relações privadas, no melhor dizer, sua aplicação nas relações interindividuais.

Sendo assim, para uma aprimorada conceituação, cabe ressaltar o entendimento de Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 36) segundo o qual a expressão "direitos fundamentais" constitui de uma "[...] denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional".

Ingo Wolfgang Sarlet (1998, p. 48) aponta que os direitos fundamentais integram a essência de um Estado Constitucional, não se definindo apenas como parte da Constituição de maneira formal, mas sendo o elemento nuclear da Constituição material.

Nas palavras de Pérez Luño (2011, p. 64) "los derechos fundamentales son parte del núcleo definitorio de la propria Constituición, cuya permanência se hace necessária para mantenet y salvaguardar la propia identidade del texto constitucional"[257].

257 Tradução livre: os direitos fundamentais são parte de um núcleo definitório da própria Constituição, cuja permanência se faz necessária para manter e salvaguardar a própria identidade do texto constitucional.

O surgimento do termo “direitos fundamentais” ocorreu na França, no ano de 1770, após a dissipação de um movimento político e cultural que resultou na criação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (ALMEIDA, 2008, p. 324).

Importante se faz distinguir direitos fundamentais do conceito de direitos humanos vez que estes se correlacionam. A diferenciação adotada emprega dois critérios: espaço e efetividade dos direitos (SARLET, 2006, p. 35). Quanto ao espaço se expõe que “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado [...]”. Diferentemente dos direitos fundamentais, os direitos humanos vinculam-se ao Direito Internacional reconhecendo postulados que são inerentes ao ser humano, independentemente de uma ordem constitucional (SARLET, 2006, p. 35).

No que se refere a efetividade, ou seja, ao efetivo grau de aplicação e proteção dos direitos fundamentais, conforme explica Sarlet (2006, p. 40), os direitos fundamentais possuem maior grau de aplicação em face dos direitos humanos uma vez que aqueles encontram amparo nas instâncias jurídicas, fazendo-se respeitar.

Ainda nos ensinamentos de Sarlet (2006, p. 42), direitos fundamentais e direitos humanos não são termos “reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação [...]”.

Posto isso, fácil constatar que os direitos humanos estão presentes em normas internacionais, mas com íntima ligação aos direitos fundamentais, que são consagrados e protegidos por meio de uma constituição existente em um Estado Social Democrático de Direito.

Inicialmente tivemos como sujeito passivo dos direitos fundamentais o Poder Público, devido ao desequilíbrio presente nas relações indivíduo-Estado. Ocorre que com a revolução industrial, o desenvolvimento das sociedades, a criação de grandes empresas, o surgimento de direitos econômicos, sociais e culturais, passa-se a exigir do Estado uma prestação positiva na qual busque oferecer à coletividade o bem-estar social das pessoas, demandando uma prestação social (BRANCO, 2000, p. 110).

Devido ao desenvolvimento econômico e o aumento das relações interindividuais com a evolução da sociedade, surge uma problemática inerente aos direitos fundamentais. Irrompeu na Alemanha, em meados das décadas de 40 e 50, a indagação de que seria somente o Poder Público sujeito passivo de direitos fundamentais. Neste ponto, Canotilho (2002, p. 1.151) questiona:

> Em termos tendenciais, o problema pode enunciar-se da seguinte forma: as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias (e de direitos análogos) devem ou não ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais e coletivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados?

É sobremodo importante assinalar que a Constituição Federal de 1988, visando a proteção dos indivíduos e da sociedade em face das ações do Estado, traz em seus artigos um extenso rol de direitos fundamentais, que não se limitam ao rol do artigo 5°, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal (ADIn 939-7/DF) e as lições de Moura Agra (2002, p. 229):

> A exemplificação dos direitos fundamentais acentua o caráter dialógico entre a constituição e a realidade social. Se as normas constitucionais estão em constante interação com a realidade, para se adequarem às transformações produzidas, os direitos não podem ser taxativamente numerados, sob pena de sofrerem envelhecimento normativo e perderem eficácia.

Cabe, neste momento, tecermos considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais, que pode ser dividida em eficácia horizontal (ou eficácia externa) e eficácia vertical (ou interna).

No que concerne a eficácia vertical, esta ocorre quando há um desequilíbrio entre as partes, imperando, portanto, nas relações entre indivíduo e Estado. Diferente é a aplicação na eficácia horizontal, a qual rege relações em que os indivíduos se encontram em patamar de igualdade, geralmente empregada nas relações interindividuais.

Porém, significativo frisar que a expressão "eficácia horizontal" traduz uma noção errônea de equilíbrio entre as partes na relação privada, tendo em vista que nem sempre estará presente a igualdade entre os indivíduos, como em algumas relações em que está presente a verticalidade. Exemplificando: nas relações consumeristas é possível constatar uma assimetria entre as partes, em função do princípio da vulnerabilidade do consumidor, conforme o próprio Código de Defesa do Consumidor prevê em seu artigo 4°, inciso I, aproximando-se assim da verticalidade presente em uma relação firmada entre o particular e o Poder Público (SARLET, 2006, p. 393). Igualmente, as relações de trabalho se caracterizam por uma desigualdade entre as partes, posto que o empregado está sempre juridicamente

subordinado ao empregador, obedecendo suas ordens e sujeito à sua fiscalização (SUSSEKIND, 2005, p. 311). Bilbao Ubillos (1987, p. 245) afirma que teoria da eficácia imediata tem como seu propulsor as relações trabalhistas:

> A nadie puede sorprender, por tanto, que la génesis y el desar-rollo más fecundo de la teoría de la "Drittwirkung" de los derechos fundamentales haya tenido como escenario el campo de las relaciones laborales. Esta doctrina nace precisamente en los tribunales laborales y sigue encontrando entre los cultivadores de esta disciplina los más firmes apoyos[258].

Sarlet (2006, p. 393) expõe críticas quanto a utilização dos termos "eficácia externa", denominando o tema como "eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares", tratando neste caso eficácia como "a possibilidade da norma (no caso, da norma definidora de direitos e garantias fundamentais) gerar os efeitos jurídicos que lhe são inerentes". Diante disto, para uma melhor elucidação do presente trabalho, utilizar-se-á a terminologia "eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas".

Retornando ao tema principal, nota-se que, diferentemente da Constituição brasileira de 1988, a Constituição de Portugal previu expressamente em seu artigo 18°/1, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, informando: "os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas".

Mesmo diante do silêncio constitucional, não há impedimentos ao intérprete de reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, devendo ser considerada a redação de cada direito fundamental consagrado pela Constituição, visando a identificação da aplicação ou não do direito fundamental diante de determinado caso concreto.

Importante ressaltar a lição de Paulo Gustavo Gonet Branco (2000, p. 170) no sentido de que:

> Não seria possível abrigar na sociedade uma dupla ética (na locução de Jean Rivero), em que um mesmo comportamento, com implicações morais relevantes, é exigido do Estado nas suas relações com os indivíduos, mas é deixado ao arbítrio dos indivíduos, quando em contato mútuo.

258 Tradução livre: Não surpreende, para tanto, que a gênese e o desenvolvimento da teoria de "Drittwirkung" dos direitos fundamentais teve como cenário o campo das relações de trabalho. Esta doutrina nasce precisamente nos tribunais trabalhistas e segue encontrando entre os cultivadores destas disciplinas os mais firmes apoios.

Feitas estas considerações, passaremos a discorrer a respeito das teorias para aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas existentes, ressaltando a teoria adotada pelo ordenamento pátrio.

2. Teorias aplicáveis quanto a eficácia dos direitos fundamentais

Atualmente, temos quatro teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas particulares, a saber: teoria da eficácia indireta ou mediata; teoria da eficácia direta ou imediata; teoria da eficácia direta moderada ou atenuada; e a teoria do *state action doctrin*.

Ressalta-se que a teoria da eficácia indireta e a teoria da eficácia direta foram desenvolvidas por doutrinadores alemães, a primeira por Günther Dürig (SARMENTO, 2008, p. 197) e a segunda por Hans Carl Nipperdey e Walter Leisner (SARMENTO, 2011, p. 71). Posteriormente, surgiu uma terceira teoria classificada como intermediária, denominada de "teoria da eficácia direta moderada ou atenuada". Por fim, a teoria adotada nos Estados Unidos da América, desde meados do século XX, o *state action doctrin.*

Teceremos breves comentários a respeito de cada teoria e a aplicação quanto aos direitos fundamentais nas relações privadas, antes de adentrar no nosso objeto de estudo.

1.1 Teoria da eficácia indireta ou mediata

A primeira teoria a ser exposta é a Teoria da Eficácia Mediata ou Indireta, denominada na doutrina alemã de *Mittelbare Drittwirkung*, tendo como seu propulsor Günther Dürig, em obra data de 1956 (SARMENTO, 2008, p. 197). A proposta de Dürig é uma eficácia irradiante dos direitos fundamentais; sendo assim, o Poder Público continua a ser o sujeito passivo desses direitos, porém em casos excepcionais poderá haver uma intervenção estatal para se fazer aplicar os direitos fundamentais nas relações interindividuais (CANOTILHO, 1980, p. 570).

Nos ensinamentos de André Ramos Tavares, os direitos fundamentais, na vertente da aplicação da teoria indireta, somente alcançaria os particulares quando da "intervenção do legislador". Isto é, para assegurar a imposição dos direitos fundamentais nas relações privadas se faz precípua a edição de lei infraconstitucional regulamentando a inclusão desses direitos (TAVARES, 2012, p. 531).

A invocação da teoria indireta dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas tem recebido críticas em razão da falta de proteção integral desses direitos pois restaria o indivíduo dependente de uma manifestação

do legislador ordinário frente a situação para ver tutelado seu direito, permanecendo em uma situação de desequilíbrio até que se crie uma norma regulamentadora (KLOSTER, 2015, p. 14).

1.2 Teoria da eficácia direta ou imediata

Em contraponto à primeira teoria exposta, temos a Teoria da Eficácia Imediata, também denominada direta, sendo seus principais defensores os alemães Hans Carl Nipperdey e Walter Leisner, os quais tutelavam a aplicação do princípio da unidade da ordem jurídica (SOMBRA, 2011, p. 87/89). Diante da invocação deste princípio os direitos fundamentais são normas que possuem eficácia *erga omnes*, aplicando-se, portanto, a todo o ordenamento jurídico (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 71):

> Embora minoritária no cenário germânico, a tese da eficácia horizontal imediata tem ampla penetração na doutrina de outros Estados europeus, como Espanha, Portugal e Itália. Em alguns regimes constitucionais, aliás, ela parece resultar de expressa imposição constitucional, como é o caso de Portugal e África do Sul, cujas constituições preveem a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, sem condicioná-la a qualquer mediação legislativa.

No que tange a eficácia direita ou imediata, de acordo com Canotilho (1980, p. 573) os direitos fundamentais são aplicados diretamente nas relações privadas, buscando assim um equilíbrio entre as partes, sendo sua observância obrigatória e desnecessária a expedição de normas reguladoras pelo Poder Público.

André Ramos Tavares (2012, p. 531) conclui que os direitos fundamentais "estariam aptos a vincular imediatamente os agentes particulares, independentemente de intermediação legislativa".

Ademais, mesmo em se tratando o Direito Privado de uma legislação infraconstitucional, não se pode alegar que não está diretamente vinculado a Constituição do Estado, a qual irradia seus princípios e fundamentos a todos os ramos do direito, aplicando-se o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, conforme leciona Canotilho (1993, p. 252):

> [...] a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo

> invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

No mesmo sentido, André Ramos Tavares (2012, p. 531) expressa que não se pode vincular somente o Poder Público como sujeito passivo dos direitos fundamentais uma vez que a Lei Maior não faz essa restrição. O objetivo dessa teoria é a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas sem a imprescindibilidade de uma intermediação legislativa.

Segundo Sarlet (2002, p. 157), "o adequado manejo da eficácia direta nas relações entre particulares e a intensidade da vinculação destes aos direitos fundamentais deve ser pautada de acordo com as circunstâncias do caso concreto".

Os críticos dessa teoria, autores como Luís Afonso Heck (1999, p. 115), Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007, p. 115) afirmam que há uma supressão do princípio da autonomia privada de modo que não se poderia estabelecer um igual tratamento das relações entre indivíduo-Estado, quando comparado ao concedido às relações privadas (MENDES, 1997, p. 17).

Ao se valer da aplicação da teoria direta, José Joaquim Gomes Canotilho (1980, p. 573) a ilustra por meio do seguinte exemplo: "Uma empresa industrial estabelece como condição de admissão a renúncia a qualquer actividade partidária ou a filiação em sindicatos". No caso exposto pelo ilustre jurista tem-se que a empresa está privando os indivíduos da livre associação sindical. Invocando a teoria direta haverá a imediata aplicação pelo Poder Judiciário dos direitos fundamentais nas relações para garantir a liberdade, direitos e garantias constitucionais, reequilibrando a relação entre as partes.

Por fim, as duas teorias apresentadas até o presente momento distinguem-se pelo fato de ser (eficácia indireta) ou não (eficácia direta) essencial a expedição de uma norma infraconstitucional para materialização dos direitos fundamentais nas relações interindividuais.

1.3 Teoria da eficácia direta moderada ou atenuada

Há uma terceira teoria, ostentada por doutrinadores estrangeiros como Bilbao Ubillos e Vieira Andrade, a qual estaria classificada entre as duas anteriormente apresentadas, ou seja, uma teoria intermediária, denominada "eficácia direta moderada ou atenuada" (CANOTILHO, 1980, p. 573) (BILBAO, 1987, p. 852).

Segundo a teoria de eficácia direta moderada, cabe a aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas cada vez que for constatada uma alteridade, tanto de poder jurídico, quanto no poder de fato, de um particular em face do outro, com o intuito de proteger aquele que está em desequilíbrio na relação, com a garantia de que não serão tolhidos os seus direitos. Alguns exemplos são encontrados nas relações entre condômino *vs.* condomínio, conveniado *vs.* plano de saúde, pois por mais que se trate de uma relação privada, encontra-se visivelmente presente a desigualdade entre as partes.

Nos moldes dessa corrente, a aplicação direta das normas constitucionais somente será cabível quando constatado o desequilíbrio nas relações privadas, tendo como defensores Bilbao Ubillos (1987, p. 852) e Vieira Andrade (ANDRADE, 2006, p. 283).

1.5 Da doutrina *state action*

Prevalece nos Estados Unidos o entendimento de que os direitos fundamentais positivados na constituição não poderão ser invocados nas relações entre particulares.

A *state action doctrine* surgiu no século XX nos Estados Unidos e estabelece que os direitos fundamentais insculpidos na constituição americana somente visam proteger o cidadão em face das ações provenientes do Estado, não se aplicando às relações privadas. Laurence Tribe (1988, p. 1.691) expõe:

> [...] imunizando a ação privada do alcance das proibições cons-titucionais, impede-se que a Constituição atinja a liberdade individual – denegando aos indivíduos a liberdade de fazer certas escolhas, como as de com que pessoas se associar. Essa liberdade é básica dentro de qualquer concepção de liberdade, mas ela seria perdida se os indivíduos tivessem de conformar sua conduta às exigências constitucionais.

O Ministro Gilmar Mendes, em julgamento do Supremo Tribunal Federal, estabeleceu o quanto segue a respeito da doutrina americana:

> *[...] nos Estados Unidos, sob o rótulo da "state action", tem-se discutido intensamente a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas*. É fácil ver que *a doutrina tradicional* dominante do Século XIX e mesmo ao tempo da República de *Weimar* sustenta orientação **segundo a qual** *os direitos fundamentais destinam-se a proteger o indivíduo contra eventuais ações do Estado, não assumindo maior relevância para as relações de caráter privado [...] (RE 201819/RJ).*

Daniel Sarmento (2006, p. 196) afirma:

> Enfim, parece-nos que a doutrina da *state action*, apesar dos erráticos temperamentos que a jurisprudência lhe introduziu, não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que os maiores perigos e ameaças a estes não provém apenas do Estado, mas também de grupos, pessoas e organizações privadas. Ademais, ela não foi capaz de construir *standars* minimamente seguros e confiáveis na jurisdição constitucional norte-americana. Tal teoria está profundamente associada ao radical individualismo que caracteriza a Constituição e a cultura jurídica em geral do Estados Unidos [...].

3. Eficácia direitos fundamentais nas relações entre as empresas transnacionais e os particulares

Surgem, neste momento, as seguintes questões:

i) É possível falar em eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre empresas transnacionais e particulares?
ii) No que tange aos direitos negativos, ou seja, abstenção de realizar determinada medida, são estes aplicáveis na relação entre particular-empresa transnacional?
iii) Quanto aos direitos positivos, que significam que há o dever de realizar determinada conduta, são estes aplicáveis na relação entre particular-empresa transnacional?

Diante desses questionamentos, passaremos primeiramente a tecer breves comentários a respeito do conceito de empresas transnacionais e suas características. Posteriormente responder-se-á às indagações quanto à incidência dos direitos fundamentais nas relações entre indivíduos-empresas transnacionais, analisando, ainda, a incidência quanto aos direitos negativos e aos direitos positivos, buscando avaliar as decisões dos tribunais brasileiros quanto ao tema.

3.1 Empresas transnacionais

Primeiramente, cabe ressaltar que o Código Civil de 2002 não transpôs em seus artigos o conceito de empresa, somente definindo a figura do empresário em seu artigo 966. Empresa pode ser conceituada pela composição de três elementos: empresário, estabelecimento e atividade (BULGARELLI,

1995, p. 83). Ainda neste conceito, Giuseppe Ferri afirma que, em um conceito econômico, empresa "seria a combinação dos elementos pessoais e reais, colocados em função de um resultado econômico, e realizada em vista de um intento especulativo de uma pessoa, que se chama empresário" (REQUIÃO, 2003, p. 50).

Visto o conceito de empresa, cabe agora passar à definição de "transnacional". Baptista (1987, p. 17) entende que a empresa transnacional é sinônimo de multinacional, uma vez que não há distinção entre elas:

> Aproxima-se do conceito jurídico de grupos de sociedades, mas com o acréscimo de que é um grupo constituído por sociedades sediadas em países diferentes, constituídas sob leis diversas, cada qual com certa autonomia, agindo por sua conta, mas em benefício do conjunto.

José Carlos de Magalhães (2005, p. 186) dispõe quanto a empresa multinacional:

> A empresa multinacional, constituindo forma de atividade econômica desenvolvida por uma multiplicidade de sociedades nacionais nela integradas, não é identificável sob roupagem jurídica específica. Sua atuação, em geral, espalha-se por diversos Estados, constituindo subsidiárias que lhe permitem flexibilidade para captar recursos internacionais para o financiamento de suas operações.

José Cretella Neto (2006, p. 27) conceitua as transnacionais da seguinte forma:

> A sociedade mercantil, cuja matriz é constituída segundo as leis de determinado Estado, na qual a propriedade é distinta da gestão, que exerce controle, acionário ou contratual, sobre uma ou mais organizações, todas atuando de forma concentrada, sendo a finalidade de lucro perseguida mediante atividade fabril e/ou comercial em dois ou mais países, adotando estratégia de negócios centralmente elaborada e supervisionada, voltada para a otimização das oportunidades oferecidas pelos respectivos mercados internos.

Cabe informar que no presente estudo adotaremos os ensinamentos de Luiz Olavo Baptista (1987, p. 17) o qual informa não haver distinção entre o conceito de empresa transnacional ou multinacional.

No que tange à personalidade jurídica da empresa transnacional, Baptista (1987, p. 17) expõe:

> É composta por um certo número de subsidiárias e tem uma ou mais sedes, constituídas em diversos países, de acordo com a legislação local que lhes dá personalidade jurídica e, sob certo aspecto, a nacionalidade.

Por fim, ressalta-se que as empresas transnacionais com subsidiárias no Brasil deverão obedecer às normas da Constituição Federal e as leis infraconstitucionais, vinculando-se às decisões proferidas pelo Poder Judiciário pátrio.

3.2 Espécies de direitos fundamentais nas relações entre empresas transnacionais e particulares

Atualmente temos inúmeras relações entre particulares e empresas de grande porte, extremamente desenvolvidas, e com poder econômico elevado, fatos que fazem surgir em uma relação jurídico privada o desequilíbrio entre as partes, seja em uma relação trabalhador *vs*. empregador; consumidor *vs.* fornecedor; cooperado *vs.* cooperativa, dentre outras.

Importantes, neste sentido, são as palavras de Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 22):

> [...]se percebeu que, sobretudo em países democráticos, nem sempre é o Estado que significa a maior ameaça aos particulares, mas sim outros particulares, especialmente aqueles dotados de algum poder social ou econômico.

Quanto a assimetria presente nas relações entre o indivíduo e as empresas transnacionais Sarmento (2004, p. 303) afirma:

> [...] quanto maior for a desigualdade (fática entre os envolvidos), mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito.

Portanto, verifica-se que em uma relação jurídica privada, estando presente em um dos polos empresa de grande porte, como as transnacionais, constatar-se-á, sempre, a desigualdade entre as partes, posto que o poder econômico que detém uma empresa multinacional é deveras superior frente ao indivíduo.

Visando tutelar o equilíbrio entre os particulares e garantir a invocação dos direitos fundamentais do polo vulnerável, uma vez que seus direitos são tolhidos frente ao polo que exerce maior poder, o Supremo Tribunal Federal vem adotando a aplicação da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Observa-se que tanto nos direitos positivos quanto nos direitos negativos o Pretório Excelso tem se manifestado, impondo obrigações às empresas para que realizem determinadas condutas, visando o equilíbrio contratual ou extracontratual.

Passaremos, então, a discorrer quanto a eficácia dos direitos fundamentais nas relações praticadas pelas empresas transnacionais e, ainda, sua aplicação quanto aos direitos positivos e negativos, expondo algumas decisões dos Tribunais Brasileiros.

3.2.1 Direitos positivos que envolvam empresa transnacional e particulares

Um dos questionamentos que versam a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particular e uma empresa transnacional é se poderá o Poder Judiciário visando garantir o equilíbrio na relação jurídica privada, invocando os direitos fundamentais, determinar que a empresa realize determinada conduta para a busca a harmonia da relação.

A resposta ao questionamento é afirmativa, e neste sentido o Supremo Tribunal Federal já proferiu decisão obrigando empresa transnacional à prestação de ações positivas de forma a garantir os direitos fundamentais do indivíduo prejudicado na relação.

Em 1996, foi levado ao Supremo Tribunal Federal uma reclamação trabalhista proposta por Joseph Halfin em face da companhia de aviação francesa “Compagnie Nationale Air France”. A problemática versava sobre o regulamento, o qual restringia a concessão de benefícios somente aos empregados que possuíssem nacionalidade francesa.

A Segunda Turma do Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário n°. 161.243-DF, entendendo que nas relações privadas entre particular e empresa transnacional aplica-se o princípio da isonomia, caracterizando-se como inconstitucional qualquer discriminação quanto a nacionalidade dos empregados vinculados a empresa. Nesse sentido:

> CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA:

> APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. (STF - RE: 161243 DF, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 29/10/1996, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 19-12-1997)

O julgado acima aplicou o princípio da igualdade e condenou a empresa transacional ao pagamento das vantagens consagradas aos trabalhadores franceses, previstas em seu estatuto, ao trabalhador brasileiro, impondo obrigação de fazer, além da citada condenação.

Há interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça impondo à empresa multinacional ("PANASONIC") o dever de viabilizar a garantia a produto defeituoso adquirido no exterior da mesma marca, afirmando que a decisão reformada contrariava direitos fundamentais do consumidor, especificamente os artigos 3º, 6º, IV, 28, parágrafo 5º, do Código de Defesa do Consumidor:

> DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA ("PANASONIC"). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA.
>
> I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com

> filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País.
> II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje "bombardeado" diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.
> III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.
> IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes.
> V - Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos (REsp 63.981/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 11/04/2000, DJ 20/11/2000, p. 296).

No Poder Judiciário do Estado de São Paulo há caso interessante, com julgamento pendente ainda em primeira Instância, somente apreciado em sede liminar, envolvendo o direito à saúde. Recentemente, temos visto notícias a respeito de um medicamento denominado fosfoetanolamina sintética. Trata-se de um medicamento que tem sido estudado desde o início dos anos 90 pelo professor Gilberto Orivaldo Chierice, no Instituto de Química de São Carlos. Este medicamento tem sido denominado como a "cura do câncer" (FERNANDES, 2015).

Ocorre que tal medicamento não foi aprovado pelo Poder Público, especificamente pelo Ministério da Saúde (Lei 6.360/1976, art. 12), e, portanto, sua venda não foi aprovada, ou seja, os pacientes acometidos pela doença não poderiam ter acesso ao remédio. Ocorre que em 2016 foi editada a Lei nº 16.269, autorizando o uso de tal medicamento.

Visando garantir o direito à saúde dos pacientes acometidos pela doença, há decisões judiciais, em sede liminar, obrigando o laboratório que fabrica o medicamento "Fosfoetanolamina Sintética" a vendê-lo para a parte requerente. Nesse sentido, é a decisão do magistrado Eduardo Alexandre Young Abrahão (autos n° 1000826-79.2016.8.26.0153, do Juizado Especial Cível de Cravinhos/SP), o qual estabeleceu que a parte requerente realizasse o depósito judicial do valor para que o laboratório responsável pudesse fabricar o medicamento:

> O caso da criança Isadora é gravíssimo. Ela se acha acometida de "Câncer Cerebral- Glioblastoma Multiforme". Tem apenas 10 anos de idade. Submeteu-se a várias cirurgias no cérebro. [...] Apesar de as críticas fundadas quanto ao não cumprimento de todas as etapas previstas pela Lei 6.360/76, pois apenas foram realizados testes pré-clínicos, sendo necessário o percurso de outras de outras duas fases antes de se cogitar da concessão de registro pela ANVISA (afirmações extraídas da petição daquela ADI), **situações como da autora despertam a reflexão se o uso daquela substância, em contexto de tamanha gravidade, se justificaria como a última opção de tratamento, por conta e risco do paciente, desenganado pela envergadura de seu mal de saúde.**
> [...] Sendo evidente a situação de urgência da criança ISADORA H. GAYA PRIMENTAL acolho o pedido e determina à requerida PDT PHARMA a entrega de 740 cápsulas contendo fosfoetanolamina sintética, no prazo de 30 dias, contados da ciência desta decisão.

Ressaltamos que tal decisão foi proferida antes do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal que, em sede cautelar, concluiu pela suspensão da eficácia da Lei 13.269/2016, por ofensa à separação de Poderes, já que a atividade fiscalizatória (CF, art. 174) é realizada mediante atos administrativos concretos devidamente precedidos de estudos técnicos, não por meio de ato abstrato e genérico, como a Lei, concluindo que "é temerária a liberação da substância em discussão sem os estudos clínicos correspondentes, em razão da ausência, até o momento, de elementos técnicos assertivos da viabilidade do medicamento para o bem-estar do organismo humano"(ADIN 5.501/DF).

Em apertada síntese, temos a decisão acima como um dos exemplos de caso de empresa transnacional que fabrique medicamentos seja obrigada a vendê-lo para determinado particular, por meio de decisão judicial, afastando a liberdade contratual, abrangida pela livre iniciativa (art. 170, *caput* da Constituição Federal). Não ingressaremos na apreciação do mérito da decisão judicial, apenas utilizando-a como exemplo para o estudo em testilha.

Todavia, imprescindível que exista previsão do direito fundamental criando um vínculo entre a empresa transnacional e o particular, conforme salienta Daniel Sarmento (2011, p. 301):

> O primeiro requisito para o reconhecimento de uma vinculação do particular a determinada obrigação positiva, decorrente de um direito social, diz respeito à existência de alguma conexão entre a relação jurídica mantida pelas partes e a natureza da obrigação jusfundamental em discussão

Imprescindível, portanto, que para a vinculação da empresa transnacional ao direito fundamental prestacional do particular exista um dever jurídico imposto pela norma constitucional (SARMENTO, 2011, p. 301), como por exemplo não pode o particular exigir de uma empresa transnacional que atue na área de saúde o pagamento das suas despesas de tratamento de saúde, exemplo que adaptamos de Daniel Sarmento (2011, p. 301). Mas poderá o particular maior de sessenta e cinco anos exigir seu direito fundamental a transporte gratuito contra empresa transnacional de transporte coletivo urbano, já que a norma constitucional prevê tal direito (art. 230, §2º da Constituição Federal).

Pode-se concluir que é possível a oponibilidade de alguns dos direitos fundamentais, como os acima citados, quanto aos direitos positivos nas relações entre particular e empresas transnacionais. Para tanto, determina o Poder Judiciário que tais empresas executem ações que garantam os direitos fundamentais dos indivíduos.

3.2.2 Direitos negativos que envolvam empresa transnacional e particulares

Resta abordar se são aplicáveis os direitos negativos nas relações entre empresa transnacional e particulares.

A questão da aplicação dos direitos fundamentais negativos entre particulares já foi objeto de decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 1996, em ação que visava garantir o direito ao devido processo legal, com a viabilização do direito à ampla defesa e contraditório, a um cooperado que fora excluído pela Cooperativa Mista São Luiz Ltda. de forma arbitrária. O Recurso Extraordinário n. 158.215- RS, é de relatoria do Ministro Marco Aurélio, com a seguinte ementa:

> DEFESA – DEVIDO PROCESSO LEGAL – INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – EXAME – LEGISLAÇÃO COMUM – COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL – 1. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo,

> partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito – o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. 2. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.

Neste mesmo sentido, houve a interposição de Recurso Extraordinário pela União Brasileira de Compositores sob o n° 201.819-8-RJ, o qual visava garantir o direito ao contraditório e a ampla defesa de sócio excluído sem a devida observância a esses princípios. Cabe ressaltar um trecho do voto do Relator Ministro Gilmar Mendes:

> EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio

> de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

Em recente julgamento o Supremo Tribunal Federal decidiu pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357 que objetivava declarar a inconstitucionalidade dos artigos 28, §1º e 30, “caput”, da Lei 13.146/2015, que obrigam as escolas privadas a oferecer atendimento adequado e inclusão de pessoas portadoras de deficiência. O Supremo entendeu que a atuação do Estado na inclusão das pessoas com deficiência pressupõe a ideia de que esta ação tem via dupla, trazendo benefícios para toda a população, isto é, toda pessoa tem direito ao acesso a uma democracia plural, não havendo discriminação em relação a ideologias, raças, credos e outros. Ademais, a Constituição Federal prevê no corpo de seu texto uma diversidade de artigos que protegem a pessoa com deficiência, garantindo ainda

seu acesso à educação e sua inclusão social, seguem de exemplos os artigos 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 40, § 4º, I; 201, § 1º; 203, IV e V; 208, III; 227, § 1º, II, e § 2º; e 244.

Na decisão proferida o ministro relatou ainda que para a busca da igualdade entre os indivíduos não basta a previsão normativa do acesso igualitário, o Estado buscar meios e normatizar medidas que efetivem a concretização do acesso e inclusão das pessoas portadoras de deficiências:

> Se as instituições privadas de ensino exercem atividade econômica, devem se adaptar para acolher as pessoas com deficiência, prestando serviços educacionais que não enfoquem a deficiência apenas sob a perspectiva médica, mas também ambiental. Ou seja, os espaços devem ser isentos de barreiras, as verdadeiras deficiências da sociedade. Esses deveres devem se aplicar a todos os agentes econômicos, e entendimento diverso implica privilégio odioso, porque oficializa a discriminação (Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357/DF).

Os precedentes acima cristalizam a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, não se distinguindo os casos da aplicação entre empresas transnacionais, como nos casos acima de direitos negativos, especificamente do dever de se abster de violar o devido processo legal, aplicável, igualmente nas relações da empresa transnacional com os particulares.

Conclusão

Desta feita, quanto as teorias existentes frente a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, temos como aplicável a teoria da eficácia direta, tornando-se prescindível a manifestação do legislador ordinário, já que a Constituição não a exigiu, evitando-se que o intérprete substitua o Poder Constituinte Originário ao tornar uma norma de aplicabilidade imediata em mediata, o que lhe é defeso.

Concluímos que prevalece no ordenamento pátrio a garantia aos direitos fundamentais do indivíduo frente as empresas transnacionais. O objetivo da aplicação da teoria direta quanto aos direitos fundamentais nas relações privadas é proteger a parte mais vulnerável da relação, seja por meio de uma prestação positiva da empresa ou de uma abstenção quanto a determinadas ações que eram realizadas violando os direitos do particular. O que o ordenamento pátrio busca é manter o equilíbrio nas relações uma vez que uma parte não pode tirar vantagens de outra em virtude de sua vulnerabilidade, cabendo ao Judiciário garantir a aplicação do Texto Supremo.

Não há qualquer diferença na aplicação de direitos fundamentais entre particulares e empresas transnacionais e empresas nacionais, ou até mesmo pessoas físicas, já que a Constituição Federal não fez tal distinção. Caso alguma Emenda Constitucional o faça será manifestamente inconstitucional, violando o princípio da igualdade (cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º, IV da Constituição Federal), já que tal critério será discriminatório, em virtude da ausência de razoabilidade na opção de regime jurídico diferente diante da origem da pessoa envolvida na relação jurídica.

Imprescindível que para a vinculação da empresa transnacional ao direito fundamental prestacional do particular exista um dever jurídico imposto pela norma constitucional.

É, portanto, dever do Poder Judiciário, como guardião da Constituição, tutelar os direitos fundamentais, restabelecendo o equilíbrio das relações entre indivíduo e empresa transnacional, valendo-se da aplicação da teoria direta de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo:** superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa diviso constitucionalizada. São Paulo: Del Rey. 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direito Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa Transnacional e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Análisis de la jurisprudência del Tribunal Constitucional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: _____. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília Jurídica. 2000.

BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de Direito Empresaria***l*. 2. ed. São Paulo: Atlas,1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6º ed. revista. Editora Livraria Almedina, 1993.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado - Parte Geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Evans v. Abney** (1970). Disponível em: <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/abney.html>. Acesso em: 13 maio de 2016.

FERNANDES, Caio Guimarães. **Fosfoetanolamina Sintética** - A chance de cura do câncer negada pelo Estado. Disponível em: < ≤http://caiogf.jusbrasil.com.br/noticias/234312566/fosfoetanolamina-sintetica-a-chance-de-cura-do-cancer-negada-pelo-estado>. Acesso em 26 maio de 2016.

KLOSTER, Ângelo Márcio. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/1312630>. Acesso em 20 maio de 2016.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito Internacional Econômico**. Curitiba, Juruá, 2005.

MALISKA, Marcos. **O direito à educação e a Constituição**. Editora: Sergio Fabris, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília Jurídica. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. In: **Revista de Informação Legislativa**, Ano 34, nº 134, abr./jun. de 1997. Brasília: Editora do Senado Federal.

MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (Coord.). **Introdução ao Direito Previdenciário**. São Paulo: LTR, 1998.

NETO, José Cretella. **Empresa Transnacional e o Direito Internacional:** um exame do tema à luz da Globalização. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. 10ª Edición. Madrid: Tecnos, 2011.

_____. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid:Tecnos, 1995.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial.** São Paulo: Saraiva, 2003.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Rev. TST,** Brasília, vol. 77, n° 44. 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHIMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madri: Alianza Editorial, 1996.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito -** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

STRENGER, Irineu. **Da autonomia da vontade:** direito interno e internacional. 2a ed., São Paulo: LTr, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direto à pessoa humana. In: _____. **Temas de direito civil** – tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais** - uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 1999.

EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS NA INSTÂNCIA INTERAMERICANA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Mariana Lucena Sousa Santos[259]
Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro[260]

Resumo
Este artigo analisa a busca por parâmetros de responsabilização destes novos atores, quais sejam, as empresas transnacionais, no sistema de proteção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos até os dias atuais, que visa garantir que atores privados também respeitem os Direitos Humanos, buscando apontar as conquistas no assunto, bem como os desafios e perspectivas para a possibilidade de responsabilização de empresas transnacionais em nível internacional em casos de violações de Direitos Humanos, nas Américas. Para tanto, sistematiza os diversos pronunciamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a matéria, indicando possibilidades de que Estados respondam pelas condutas empresariais violadoras de Direitos Humanos pela vulneração de direitos protegidos em nível da Convenção Americana. Por fim, visando uma maior eficácia em termos de proteção, evidencia a necessidade de que a jurisprudência interamericana desenvolva e consolide o conteúdo específico das obrigações estatais concernentes a empresas, contribuindo através de seus diferentes mecanismos, a regular uma temática tão carente de aprofundamento e enfrentamento.

Palavras-chave: Empresas e Direitos Humanos. Responsabilização internacional. Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Abstract
This article analyzes the search for accountability parameters of these new actors in the inter-American system of protection of Human Rights to the present day, which aims to ensure that private actors also respect human rights, seeking to identify the achievements on the subject, as well as the challenges and prospects for the possibility of accountability of transnational corporations at the international level in cases of human rights violations in the Americas. Will, therefore,

259 **Mariana Lucena Sousa Santos** é mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará e bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. *E-mail:* marianaa.lucena@gmail.com

260 **Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro** é Doutora em Direitos Humanos, vice coordenadora e docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. *E-mail:* cfterezo@hotmail.com

the various pronouncements of the Inter-American Court of Human Rights on the matter, indicating possibilities that states are accountable for their conduct business violators of human rights by violation rights protected at the level of the American Convention. Finally, aiming at greater effectiveness in terms of protection, highlights the need for the inter-American jurisprudence develop and consolidate the specific content of state obligations pertaining to companies, contributing through its different mechanisms to regulate a subject so lacking in depth and coping.

Key-words:Business and human rights. international accountability. Inter-American Human Rights System.

Introdução

Gravíssimas violações de Direitos Humanos cometidos por empresas afetam indivíduos e muitas vezes, comunidades inteiras, vulnerando uma série de direitos e aspectos de suas vidas. No afã do lucro, as denominadas empresas transnacionais espalham-se pelos continentes buscando locais mais vantajosos para suas atividades, especialmente no que diz respeito a uma baixa normatividade em termos de proteção de direitos, com a consequente exposição de grupos vulneráveis a impactos potenciais.

Nas últimas décadas o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) implementouuma série de medidas como elaboração de documentos e instrumentos jurídicos buscando enfrentar a problemática de atividades empresariais e violações de Direitos Humanos por meio de normas vinculantes, o que não ocorreu até o presente momento.

O presente trabalho busca analisar o atual cenário em termos de responsabilização de empresas violadoras de Direitos Humanos baseado no marco normativo vigente no Sistema Interamericano, estabelecendo um estudo da jurisprudência que propicie uma melhor compreensão dos avanços e desafios da questão nas Américas, especialmente em relação ao acesso das vítimas a formas eficazes e adequadas de reparação.

1. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos

No presente trabalho serão analisadas as sentenças do tribunal de Direitos Humanos criado pela CADH que, conforme sua própria nomenclatura indica, seu âmbito de ação é interamericano e apenas aos Estados que aceitaram sua competência contenciosa.

Semelhantemente ao Sistema Organização das Nações Unidas (ONU) na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), principais instrumentos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), não constam referências expressas acerca das obrigações dos Estados em relação às empresas.

Não obstante isso, em clara interpretação evolutiva, o órgão judicial do SIDH, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) tem enfrentado de forma progressiva esta problemática em seus julgados, onde estabelece critérios sobre a responsabilidade estatal no que diz respeito a violações de Direitos Humanos cometidas por empresas, responsabilidade esta com amparo em instrumentos internacionais, trabalhados na presente pesquisa.

É importante registrar, também, que os órgãos do SIDH, em especial a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), reconhecem que as atividades de extração e desenvolvimento podem sim contribuir de diversos modos para o gozo dos Direitos Humanos, principalmente aqueles ligados à superação da pobreza e da desigualdade, bem como favorecem processos de desenvolvimento econômico, geração de fontes de trabalho e investimentos (CIDH (1), 2015, parágrafo 77). No entanto, grandes e nocivos impactos de ordem ambiental, social e culturais também são evidenciados, de forma que se pugna que os Direitos Humanos não sejam vistos como obstáculos ao desenvolvimento econômico dos países, mas ao contrário, uma condição essencial para isto.

Sobre esses critérios, torna-se imperioso destacar duas obrigações estatais previstas no artigo 1º da CADH. São elas as obrigações de respeitar e de garantir direitos. Nesse sentido, TEREZO(2014, p. 153) ensina que o aludido artigo passou por interpretação da Corte IDH pela primeira vez no Caso Velásquez Rodriguez *vs.* Honduras, sendo mantido até os dias atuais, de modo que a responsabilidade estatal resta reconhecida, decorrente de ação ou omissão de qualquer autoridade pública, o que resulta em um fato atribuído ao Estado, consoante previsão na Convenção Americana.

Quanto ao dever de garantir, a responsabilidade internacional também é imputada ao Estado sempre que constatada a ausência da devida diligência em prevenir, investigar e sancionar responsáveis por violações de Direitos Humanos, no âmbito interno.

Ainda para a autora, as medidas adotadas pelo Estado devem ter por escopo extinguir concreta e efetivamente o risco que o mesmo contribui ou cria para a violação de direitos. Para tanto, entende que o risco envolvido corrobora e majora os deveres especiais de prevenir e proteger (Ibdem, p. 155).

Sobre a obrigação de prevenir, aprofundando a matéria, MELISH (MELISH apud TEREZO, Ibidem., p. 155) sustenta que a mesma apresenta desdobramentos nos seguintes deveres: regulação, monitoramento, realização de estudos de impactos e remoção de obstáculos estruturais. Tais categorias mostram-se importantes no presente estudo, visto que podem ser utilizadas quando da observação de cumprimento da obrigação de prevenção por parte dos Estados.

Avançando, dada a particular condição de vulnerabilidade de grupos como comunidades indígenas e defensores de Direitos Humanos decorrente da impunidade crescente e sistemática em que operam muitas empresas nas Américas, em especial as denominadas extrativistas, da qual decorrem ameaças, ataques e inúmeras outras violações, a jurisprudência interamericana tem se voltado àquelas que impactam esses grupos, a seguir analisadas levando em consideração a ordem cronológica das sentenças.

2. A corte interamericana de direitos humanos: análise da jurisprudência sobre responsabilidade estatal frente a violações de direitos humanos cometidas em contextos de atividades empresariais

Considerando que o direito internacional público convencional e consuetudinário não considera as empresas como sujeito de direito passíveis de responsabilização jurídica, os sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos, apesar de não serem os espaços mais adequados[261] para a tramitação de denúncias que visem reparações dadas as escassas possibilidades de responsabilização no âmbito interno dos Estados, pautada por dificuldades como o atrelamento de governos a grande corporações, e ainda questões jurídicas, como a extraterritorialidade[262], ainda assim, os tribunais de Direitos Humanos são, muitas vezes, a última e única possibilidade de reparação para as vítimas.

261 A esse respeito, tem-se que o tema da responsabilidade internacional de empresa por violações de Direitos Humanos ainda não foi suficientemente desenvolvido, de modo que as vias de ação existentes contra as empresas contemplam os Direitos Humanos apenas de modo indireto e muitas vezes, insuficiente, tornando necessária a eleição de meios criativos, levando em consideração todos os mecanismos possíveis, escolhendo o mais adequado, segundo suas possíveis consequências e resultados. Sobre litígio estratégico, ver ABRAMOVICH, Victor E. "**Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais eculturais: instrumentos e aliados**". *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos,* n. 2, 2005, p. 188-223. Disponível em: <www.scielo.br/sur>.

262 A esse respeito, ver a relação entre o agravamento da impunidade e a questão da extraterritoriariedade que envolvem as chamadas empresas transnacionais, *in*_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales:* protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, exploración y desarrollo. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15. 2015, parágrafo 20.

Ainda sobre atores não estatais, SALMÓN (2016, p. 167) assevera que a doutrina clássica se inclina a entender que as grandes empresas se tratam de atores dotados de personalidade jurídica interna e não propriamente sujeitos de direito internacional. Não obstante isso, autores como Philip Alston e Andrew Clapham entendem de maneira contrária.

Nessa esteira, procede-se a sistematização dos diversos pronunciamentos da Corte IDH sobre a matéria empresas e Direitos Humanos, que aponta para possibilidades de que os Estados respondam pelas condutas empresariais violadoras de Direitos Humanos pela vulneração de direitos protegidos em nível da Convenção Americana, dada a multiplicidade de profundos impactos[263].

Faz-se necessário iniciar a análise dos casos indicando a primeira sentença da Corte IDH, no caso Velásquez Rodrigues *vs.* Honduras no ano de 1988, em que restou reconhecida a responsabilidade estatal por violações de Direitos Humanos praticadas por particulares, devida a falta de devida diligência para preveni-las.

A partir desta compreensão, no Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicarágua (Corte IDH, 2001, parágrafo 153), no ano de 2001, a Corte sentenciou contra o Estado nicaraguense pelas afetações sofridas pela comunidade após a concessão de exploração florestal a empresa estrangeira para manejo integral de bosque para transformação em área agrícola, em desconsideração ao direito à propriedade indígena (terras ancestrais), e à proteção do meio ambiente (recursos naturais).

No ano de 2005, no Caso Comunidade Yake Axa *vs.* Paraguai(Corte IDH, 2005, parágrafo 35 do voto parcialmente concorrente e parcialmente dissidente do juiz Ramon Fogel), a Corte IDH reafirmou sua interpretação ao reconhecer os direitos de caráter comunal (OEA ou Corte IDH, 2012, parágrafo 145) dos povos indígenas sobre suas terras ancestrais, vendidas a partir do final do século XIX a grupos empresariais britânicos, que atraíram para a região missões da igreja anglicana. Líderes da igreja passaram a administrar as primeiras fazendas de bovinos, que empregaram os membros da comunidade. Ocorre que os mesmos não recebiam as remunerações devidas, ou estas eram muito baixas, as mulheres eram exploradas sexualmente e não contavam com serviços de saúde nem alimentos suficientes. Por conta disso, a falta de água, alimentos e acesso a serviços de saúde causou a morte de muitas crianças e anciões por doenças evitáveis como disenteria, aftas e bronquites.

263 Impactos ambientais, territoriais, espirituais, culturais, de saúde, dentre outros, a seguir trabalhados.

Nesse caso, a Corte IDH estabeleceu a necessidade de restringir a propriedade privada de particulares (empresas) para o alcance do objetivo de preservar a vida e a identidade cultural da comunidade, quando afirmou no parágrafo 149 da sentença que sempre que estejam em conflito os interesses territoriais particulares ou estatais e os interesses territoriais dos membros das comunidades indígenas, prevalecem os últimos sobre os primeiros.

O Caso Claude Reyes e outros *vs.* Chile(Corte IDH, 2006 (2), parágrafo 86), cuja sentença é datada em 19 de setembro de 2006 é um caso que evidencia os necessários padrões de transparência, prestações de contas à sociedade e mecanismos de avaliação de impactos socioambientais nas ações que envolvem Estados e empresas. O caso trata da denegação de informações públicas e violação ao direito à informação quando da busca de maiores informações e participação da sociedade em operação que envolvia o manejo de grande área de floresta nativa a empresa estrangeira no Chile, destinatária de vultosos investimentos públicos.

A busca de maior informação e controle social, conforme trazido, para a responsabilização social e jurídica de empresas privadas no marco de grandes investimentos públicos promovidos e autorizados pelo Estado e seus órgãos também é debatida no Brasil, especialmente no âmbito do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), principal instituição de fomento ao desenvolvimento no país. Um relatório apresentado em setembro de 2014 pela organização CONECTAS indica que a falta de transparência do banco configura um obstáculo para que as pessoas afetadas e a sociedade de modo geral possam monitorar a eficácia dos instrumentos existentes que visam impedir que recursos públicos sejam alocados em empreendimentos que violem os Direitos Humanos no país e no exterior[264].

O caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguai, julgado em 2006 assemelha-se ao caso Yaky e Axa, onde mais uma vez o Estado paraguaio foi responsabilizado pelo estado de extrema pobreza e vulnerabilização de povos indígenas, sendo obrigado restituir os territórios ancestrais, essencial para a subsistência da comunidade que depende do acesso à propriedade, posto que ali se encontram os recursos essenciais para manter viva a cultura daquele povo.

Além disso, a Corte ampliou o reconhecimento do direito de propriedade aos recursos naturais que se encontram nos territórios tradicionais(Corte IDH (1), 2006, parágrafo 164), ora outorgados a empresas extrativistas. Assim, asseverou que os integrantes dos povos indígenas e tribais têm o direito de ser

264 Outra relevante faceta do problema de transparência se traduz nas alegações do BNDES, inclusive levadas às mais elevadas cortes judiciais do Brasil (Supremo Tribunal Federal), em que alegações que uma maior transparência ensejaria problemas de segurança nacional, além de influência em seus valores, prejudicando assim, os negócios.

titulares dos recursos naturais que tem usado tradicionalmente dentro de seu território pelas mesmas razões pelas quais têm o direito de serem titulares da terra que têm usado e ocupado tradicionalmente durante séculos. Sem eles, a sobrevivência econômica, social e cultural dos ditos povos está em risco, especialmente considerando o contexto de extrema pobreza em que viviam.

No Caso Saramaka *vs.* Suriname, no ano de 2007 a Corte IDH desenvolveu jurisprudência quanto aos projetos desenvolvimentistas de grande escala que provocam impactos nos territórios indígenas. No caso em comento, se tratava da construção de uma hidroelétrica pelo Estado de Suriname. Para tanto, impõe-se que os Estados têm a obrigação não apenas de consultar os povos indígenas de modo apropriado, mas também a de obter seu consentimento livre, prévio e informado (COURTIS, 2009), segundo seus costumes e tradições. Dispôs ainda que os povos indígenas têm direito a participar, de forma razoável, dos benefícios concernentes das restrições ou privações do direito ao uso ou gozo de suas terras e dos recursos naturais necessários à sua sobrevivência, entendendo esta participação como uma forma de indenização que deriva da exploração das terras e recursos naturais por empresas extrativistas(Corte IDH, 2007, parágrafo 141).

O Caso Kawas Fernández *vs.* Honduras, em 2009, tratou do assassinato de defensora dos Direitos Humanos que denunciava intentos de pessoas e entidades privadas[265] de apoderamento ilegal de terras, bem como contaminação de águas e destruição de florestas. Ainda no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)[266], esta sustentou que os efeitos da impunidade do caso e a falta de adoção de medidas que evitem a repetição dos feitos tem alimentado o contexto de impunidade dos atos de violência contra defensores e defensoras de Direitos Humanos, do meio ambiente e dos recursos naturais daquele país, frente a impactos causados por empresas (Corte IDH, 2007, parágrafo 141).

Já em 2012, no Caso Sarayaku *vs.* Equador, a Corte IDH aclarou o alcance do direito dos povos indígenas à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado frente às atividades empresariais que impactam seus

265 A vítima, antes de morrer, foi ameaçada por telefone, e Juan Alberto Hernández Sanches, testemunha, afirmou que no homicídio poderiam estar envolvidos particulares com interesses econômicos nas zonas protegidas. Ibidem, parágrafo 55, nota 41. Ainda a esse respeito, o Relatório da CIDH sobre Povos Indígenas, comunidades afrodescendentes e recursos naturais, ao tratar do *Dever de prevenir formas de violência contra a população em zonas afetadas por atividades extrativistas, de exploração ou desenvolvimento*, em seu parágrafo 120 fala de "escalada de violência" sofrida pelas autoridades indígenas, líderes comunitários ou outros membros da comunidade que reivindiquem direitos, visto que na maioria dos casos, se inicia com pressões, logo se dão ameaças de morte e finalmente o sequestro e assassinato direto de pessoas. _____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales:* protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, exploración y desarrollo. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15. 2015, parágrafo 120.

266 A CIDH é um órgão autônomo da OEA, cujo mandato surge da Carta da OEA e da CADH. Possui a função de promover a observância dos Direitos Humanos na região e funciona como órgão consultivo da OEA na matéria.

direitos, sobretudo os ligados à terra, onde o Estado equatoriano foi condenado a pagar uma elevada indenização pelos danos causados por empresa petrolífera em seus territórios, visto que esta desconsiderou processos de consulta e consentimento livres, prévios e informados.

No desenvolvimento do conteúdo desse direito, a Corte dispôs que as consultas devem se realizar de boa-fé, através de procedimentos culturalmente adequados e devem ter como finalidade o alcance de um acordo. Dispôs ainda que a consulta não deve se restringir a um mero trâmite formal, mas que deve ser compreendida como um verdadeiro instrumento de participação, devendo responder ao objetivo último de estabelecer um diálogo entre as partes baseado nos princípios da confiança e respeito mútuos. No mesmo caso, a Corte asseverou que em relação aos processos de avaliação de impactos ambientais, estes devem se realizar por entidade independentes e com fiscalização adequada do Estado, com a participação dos povos envolvidos e levando em consideração a incidência social, espiritual (Corte IDH, 2012, parágrafo 218) e cultural das atividades previstas (Corte IDH, 2012, parágrafo 211). A Corte concluiu assim que "os atos da empresa petroleira não cumpriram os elementos mínimos de uma consulta prévia (Corte IDH, 2012, parágrafo 211)".

O Caso Luna López *vs.* Honduras, cuja sentença foi em 10 de outubro de 2013 também desnuda as violações sofridas por defensores de Direitos Humanos na seara ambiental (Corte IDH (1), 2013, parágrafo 20). O caso trata da morte de um líder ambientalista local que reivindicava os efeitos nocivos da Lei de Modernização Agrícola que privatizou propriedades, causando extenso desmatamento, bem como violações decorrentes de corporações mineradoras, após uma nova Lei de Mineração, aprovada no ano de 1998 naquele país, onde por conta disso, tal liderança passou a sofrer, juntamente com seus familiares, várias ameaças de empresários mineradores e autoridades do governo, sendo morto em maio de 1998.

A implicação entre o setor empresarial e o governamental restam evidenciadas no caso em tela, de modo que a Corte, buscando enfrentar a grande impunidade de violações desta natureza no país, determinou a elaboração de políticas públicas integrais de proteção a defensores de Direitos Humanos como formas de garantias de não repetição, dentre outras medidas.

Ainda a esse respeito, importa ressaltar o recente Relatório da CIDH sobre a Criminalização de Defensoras e Defensores de Direitos Humanos (CIDH (2)., 2015),aprovado em 31 de dezembro de 2015, lançado no final do mês de abril de 2016, onde em seu parágrafo 69, afirma que a Relatora Especial sobre a situação dos defensores de Direitos Humanos das Nações Unidas chamou a atenção em respeito a vários casos que têm

tido conhecimento, onde certas empresas privadas instigam a violações de Direitos Humanos desses indivíduos, dificultando suas ações, especialmente as relacionadas aos direitos trabalhistas, exploração de recursos naturais, direitos dos povos indígenas e outras minorias.

O Caso Comunidades Afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênesis) *vs.* Colômbia, decidido em 20 de novembro de 2013 ocorreu em um contexto de conflito armado marcado por extrema violência, praticada por grupos armados paramilitares e guerrilheiros, onde de 24 a 27 de fevereiro do ano de 1997, no desenrolar de uma operação militar denominada Gênesis, que buscava capturar ou destruir integrantes do grupo guerrilheiro FARC. Assim, centenas de indivíduos tiveram de se deslocar para outras regiões, onde permaneceram em assentamentos com más condições e desassistidos pelo governo, ao passo que iniciou-se intensa exploração ilegal de recursos naturais por parte de empresas madeireiras com a permissão ou tolerância do Estado, pautadas em corrupção (Corte IDH (2), 2013, parágrafos 87 e 142), vulnerando o direito à propriedade coletiva.

O aproveitamento ilegal por empresas extrativistas, que realizaram um uso irracional de forma mecanizada os recursos de madeira da região, gerou um profundo dano no território, nos recursos florestais e nas condições de vida das minorias étnicas que habitavam as zonas de extração. Além disso, o Estado não tomou medidas eficazes que remediassem os efeitos nefastos produzidos, o que propiciou que as atividades seguissem sendo realizadas, mesmo após as reivindicações e denúncias das vítimas, que indicaram a relação entre os projetos empresariais e os danos ambientais na transição de regresso às propriedades antes ocupadas por grupos armados, que levou a comunidade ao deslocamento.

No entanto, em sua sentença, a Corte IDH asseverou, por unanimidade, que não contava com elementos de prova suficientes que permitissem concluir que empresas privadas poderiam ter implicações nos fatos do caso em comento. Pontua ainda que em todo caso, cabe às autoridades internas investigar essas possíveis relações (Corte IDH (2), 2013, parágrafo 378), restringindo a problemática ao âmbito doméstico dos Estados. Desse modo, não restou assegurada a garantia da saída das empresas da região, nem o estabelecimento do nexo entre violações de Direitos Humanos e empresas, o que permite afirmar que a Corte deixou de desenvolver importante jurisprudência na matéria, neste caso.

A esse respeito, O Relatório sobre Povos Indígenas, Comunidades Afrodescendentes e Indústrias Extrativistas, de 2015, da CIDH, em seu parágrafo 115, ao tratar do dever estatal de garantir mecanismos de participação efetiva e acesso à informação indica que um dos obstáculos mais importantes

que os indivíduos e comunidades enfrentam ao tentar acessar a justiça por violações de Direitos Humanos relacionados com empresas é a falta de informação sobre suas atividades, estrutura e impactos, assim como as formas para obterem reparações. Afirma ainda ser comum que as pessoas que residam em setores afetados careçam de informações básicas sobre as atividades empresariais que são realizadas localmente e sobre os riscos potenciais para suas vidas. A falta de informação sobre as operações corporativas pode fazer com que seja muito difícil para as pessoas ou comunidades afetadas reunir em seus caos as provas necessárias para empreender ações legais. Pode dificultar também o estabelecimento de vínculos causais entre as operações corporativas e os impactos negativos sobre os Direitos Humanos que experimentam, o que se deu no último caso da Corte IDH, aqui analisado.

O Caso Comunidade Garifúna de Ponta Negra *vs.* Honduras e Caso Comunidade Garifúna de la Cruz e seus membros *vs.* Honduras, ambos de 08 de outubro de 2015 referem-se à omissão de proteção de território ancestral (CIDH, 2015 (2), parágrafo 28) frente à ocupação e despejo por parte de terceiros, o que tem provocado e mantido a comunidade em situação de conflito permanente por ações de também de terceiros, incluindo-se aí, empresas e autoridades públicas. Além disso, a venda de terras comunais por parte de autoridades estatais deu lugar a pressões, ameaças, detenções e assassinatos de líderes. Também não foi observado o direito à consulta prévia, livre e informada, especialmente em relação a projetos hidroelétricos, atividades de exploração petroleira, megaprojetos turísticos e legislações nacionais como a Nova Lei de Pesca, e ainda a falta de estudos de impacto ambiental antes do início dessas atividades empresariais.

Por fim, o Caso do Povo Kaliña e Lokono *vs.* Suriname, cuja recente sentença é datada em 25 de novembro de 2015, relata vulnerações sofridas pela comunidade decorrentes de concessões a logo prazo, a empresas mineradoras (Corte IDH (5), 2015, parágrafo 223), como a BHP Billiton, que realizou tarefas de exploração de minérios a céu aberto, a mesma envolvida na tragédia que resultou o derramamento de 50 milhões de toneladas de resíduos de minério de ferro, contendo altos níveis de metais pesados tóxicos e outros produtos químicos tóxicos, no rio Doce, em novembro de 2015, no que ficou conhecida como "Tragédia de Mariana", no Estado de Minas Gerais, no Brasil[267].

267 A esse respeito, ver notícias no sítio eletrônico das Nações Unidas, com título "Desastre de Mariana (MG): 'Medidas do governo, Vale e BHP Billiton foram claramente insuficientes', disponíveis em <https://nacoesunidas.org/desastre-de-mariana-mg-medidas-do-governo-vale-e-bhp-billiton-foram-claramente-insuficientes/>. e <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16803&LangID=E>. Acesso em: abril de 2016.

Insta ressaltar que neste caso, pela primeira vez a Corte IDH fez referência aos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU(Corte IDH (5), 2015, parágrafo 363), dando destaque aos princípios 01, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 22 e 25. Prossegue, nessa linha, sustentando que as empresas devem atuar em conformidade com o respeito e a proteção dos Direitos Humanos, assim como prevenir, mitigar e tornar responsáveis pelas consequências negativas de suas atividades sobre os Direitos Humanos.

Importante registrar que a Corte IDH não tocou no tema da extraterritorialidade, mesmo considerando que a sede das empresas envolvidas em violações é em outro Estado[268].

Como incluso nos Princípios Orientadores, os Estados têm a responsabilidade de proteger os Direitos Humanos das pessoas contra as violações cometidas em seus territórios e jurisdição, onde se incluem as empresas. Decorrente disso, a Corte IDH concluiu que o Estado não garantiu a realização de um estudo de impacto ambiental e social de maneira independente e prévia ao início de extração de minérios, nem apresentou o estudo que foi realizado com posteridade, não cumprindo com seu dever de garantia, especialmente se tratando de área natural protegida e territórios tradicionais.

Importante ainda indicar que o caso indica a preocupação da OEA e seus órgãos a respeito da matéria empresas e Direitos Humanos, ao citar a resolução de 04 de junho de 2014, que evidencia a necessidade de continuar implementando instrumentos que sejam juridicamente vinculantes sobre as empresas e o desenvolvimento de mecanismos que permitam o intercâmbio de boas práticas e experiências quanto à promoção e proteção dos Direitos Humanos no âmbito empresarial.

De modo geral, a partir dos casos é observado o descumprimento do dever de respeito por parte das empresas, aos Direitos Humanos, em especial, a falta da devida diligencia ao avaliar os impactos reais e potenciais de suas atividades nos Direitos Humanos das comunidades afetadas, bem como a falta de mecanismos que permitam reclamações por parte das vítimas.

Levando em conta que a obrigação geral de garantir Direitos Humanos inclui o dever de prevenção, o qual exige a identificação prévia e o seguimento adequado dos impactos a serem gerados, de planos ou projetos, nos Direitos Humanos dos indivíduos afetados, tanto antes da autorização de permissões, como durante a implementação do projeto, onde estreitamente vinculado a este aspecto se encontra a obrigação de supervisionar e fiscalizar

268 Em contrapartida, em relatório, a CIDH iniciou o enfrentamento da questão. Ler parágrafo 77, *in* _____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales:* protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, exploración y desarrollo. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15. 2015.

as atividades que possam afetar os Direitos Humanos, como um dos componentes do dever de prevenir. De igual modo, no processo de tomada de decisões que autorizam as atividades extrativistas, o direito ao acesso à informação e à participação pública na tomada de decisões exige especial relevância para a proteção e defesa dos Direitos Humanos. As obrigações estatais já mencionadas se somam àquelas relativas ao direito a acessar mecanismos adequados e efetivos em caso de vítimas terem seus direitos afetados, com respeito às garantias do devido processo[269].

Recentemente, um importante Relatório da CIDH sobre "Povos indígenas, Comunidades Afrodescendentes e Indústrias Extrativistas", foi aprovado em 31 de dezembro de 2015 e publicado em 06 de abril de 2016, baseado em informações recebidas pelo órgão nos últimos anos em audiências, visitas, relatórios por países e demais atividades de monitoramento, considerando o aumento das atividades extrativistas nas Américas[270].

Afetações nos direitos à terra, recursos naturais, direito à identidade cultural e liberdade religiosa, à vida, à saúde, à integridade pessoal e a um meio ambiente sadio, aos DESCs como o direito à alimentação, acesso à água[271] e direitos laborais, direito à liberdade pessoa e à proteção frente ao desaparecimento forçado são as principais vulnerações no contexto de atividades empresariais no continente americano.

Apesar de o relatório indicar que o mesmo busca constituir uma aproximação inicial, não exaustiva, que favoreça a consolidação e o desenvolvimento de parâmetros interamericanos na matéria, em seu parágrafo. 35 o mesmo aborda as atividades de empresas estrangeiras nos Estados Membros, as quais têm sua sede em outro Estado Membro e que são acusadas de cometer violações de Direitos Humanos nos países onde operam com impunidade, deixando de enfrentar os casos de países não membros. Deixa de apontar ainda a necessária observância à responsabilidade empresarial (CIDH (2) 2015, parágrafo 25), posto que seu enfoque baseia-se apenas na responsabilidade dos Estados.

---

269 Ver o trabalho "Aceso a lajusticia: Empresas y violaciones de derechos humanos em elPerú", de maio de 2013, da Comissão Internacional de Juristas (CIJ). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30792.pdf>. Acesso em: mar. de 2016.

270 A respeito destas atividades, o relatório aponta os monocultivos de soja e cana de açúcar e a implementação de grandes projetos de infraestrutura, como rodovias, canais, represas, centrais hidroelétricas, parques eólicos, portos, complexos turísticos e outros, *in*_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales:* protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, exploración y desarrollo. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15. 2015, parágrafo 12.

271 Ver Relatório Anual 2015, Capítulo IV.A – Acesso à água nas Américas: uma aproximação ao direito humano à água no Sistema Interamericano, parágrafo 26. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-cap4A-agua-ES.pdf>. Acesso em: abril de 2016.

3. Análise dos atuais avanços e lacunas sobre a promoção e proteção dos direitos humanos no âmbito empresarial

No âmbito do SIDH, não obstante avanços analisados no presente trabalho, os órgãos políticos e jurídicos da OEA ainda não têm trabalhado frontalmenteas denúncias de violações de Direitos Humanos por parte de empresas, limitando-se recentemente a estudos acadêmicos, não voltados diretamente às queixas das vítimas.

A aprovação da Resolução 2840 (XLIV-O/14), acerca da Promoção e Proteção dos Direitos Humanos no Âmbito Empresarial, em 04 de junho de 2014, sem dúvida foi um primeiro passo, mas não um instrumento juridicamente vinculante, e assim permanecerá, como um "primeiro passo", sem consequências expressivas às vulnerações já praticadas contra vítimas.

Grupos afetados e organizações da área dos Direitos Humanos sustentam que um instrumento juridicamente vinculante poderia fornecer bases sólidas para melhorar as capacidades do Estado na proteção de direitos, e prevenir violações. Entendem que apesar das contribuições advindas de instrumentos jurídicos não vinculantes, tais como os Princípios, e a elaboração de relatórios sobre Empresas e Direitos Humanos pela CIDH, estes têm poderes limitados para realizar o acompanhamento do cumprimento do dever de respeito e reparação por parte das empresas, se mostram apenas como uma resposta parcial às questões urgentes relacianadas aos conflitos e lesão a direitos entre vítimas e empresas, visto que não enfrentam correramente o problema da falta de responsabilidade das empresas transnacionais em nível muncial e a ausência de reparações adequadas para as vítimas.

A aludida resolução interamericana foi aprovada sob a égide da RSC. Insta porém, indicar que não se trata do primeiro momento em que os órgãos políticos da OEA[272]. Como exemplo, o Comitê Jurídico Interamericano (CJI), órgão com sede na cidade do Rio de Janeiro - RJ que serve de corpo consultivo da OEA em assuntos jurídicos de caráter internacional e promove o desenvolvimento progressivo e a codificação do direito internacional nas Américas, aprovou em 13 de março de 2014, por meio da Resolução 205 (LXXXIV-O/14)[273], o Relatório elaborado pelo Relator Fábian Novak

272 Foram estas as resoluções anteriores aprovadas pela Assembleia Geral da OEA também relativas à promoção da RSC: AG/RES. 1871 (XXXII-O/02), AG/RES. 1953 (XXXIII-O/03), AG/RES. 2013 (XXXIV-O/04), AG/RES. 2123 (XXXV-O/05), AG/RES. 2194 (XXXVI-O/06), AG/RES. 2336 (XXXVII-O/07), AG/RES. 2483 (XXXIX-O/09) y AG/RES. 2554 (XL-O/10); AG/RES. 2753 (XLII-O/12).

273 Ver a Resolução em ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Responsabilidad social de las empresas enel campo de losderechos humanos y elmedio ambiente enlas américas*. CJI/RES. 205 (LXXXIV-O/14). Disponível em <http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-RES_205_LXXXIV-O-14.pdf>. Acesso em: abril de 2016.

Tavalera, denominado "Responsabilidade Social das Empresas no campo dos Direitos Humanos e Meio Ambiente" (doc. CJI/doc.449/14 rev. 1), que contém um Guia de Princípios[274] na matéria.

Sobre este guia, a análise de alguns dos princípios merece destaque neste trabalho. São eles, inicialmente, o princípio contido na alínea "g", que diz que as empresas devem reparar e fazer frente aos danos provocados pelo desenvolvimento de suas operações, em consonância com o princípio de n. 22(ONU, 2011, Reparação. 22), do Guia de Princípios Orientadores da ONU, já analisado neste trabalho. O princípio "n" estabelece que as empresas devem também garantir aos possíveis afetados com suas atividades a possibilidade de acesso a mecanismos de reclamação interna ágeis, diretos e eficazes. No mesmo sentido, o princípio "o", que sustenta que as partes potencialmente afetadas por atividades empresariais têm o direito a recorrer a mecanismos de reclamação administrativos, judiciais, e inclusive extrajudiciais, eficazes, transparentes e oportunos, em harmonia com o princípio n. 29 do mesmo Guia da ONU.

Retomando à Resolução 2840 (XLIV-O/14), esta estabelece o contorno de respeito aos Direitos Humanos por parte das empresas, ao sustentar que as empresas têm a responsabilidade de respeitar os Direitos Humanos em qualquer lugar que exerçam suas atividades. Reconhece ainda como importantes as contribuições ao desenvolvimento do tema, outros documentos calcados na RSC, sendo eles o Pacto Global da ONU e a Declaração Tripartite de Princípios sobre as Empresas Multinacionais, da OIT.

Por fim, reafirma a importância dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, fundados no marco das Nações Unidas para "proteger, respeitar e remediar" os Direitos Humanos, onde resolve o documento, aplicar os Princípios, com exortação aos Estados que difundam os mesmos e facilitem o intercâmbio de informações e compartilhamentos de boas práticas de promoção e proteção dos Direitos Humanos no âmbito empresarial, e que estimulem o diálogo construtivo entre empresas, governo e sociedade civil, e outros atores sociais, a aplicação dos princípios[275].

Uma vez que a interpretação dos instrumentos do SIDH considera a existência de um corpo *júris* do direito internacional, sendo uma prática consolidada de seus órgãos, acerca da falta de previsão sobre a extraterritorialidade, espera-se que a Corte IDH construa essa jurisprudência nos próximos casos, tomando a recomendação da OEA à implementação dos princípios

274 Ver o Guia de Princípios, Ibdem. (Anexo). Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_449-14_rev1_guia_principios.pdf>. Acesso em: abril de 2016.

275 Ver Resolução em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G14/062/43/PDF/G1406243.pdf?OpenElementny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G14/062/43/PDF/G1406243.pdf?OpenElement>. Acessado em: dez. de 2015.

orientadores, tratado no princípio n.02 da ONU, posto que até o momento, o foco do SIDH tem sido ordinariamente pautado nos Estados onde as violações de Direitos Humanos ocorrem, de modo que a dinâmica empresarial e o aumento agressivo dos casos de vulnerações exigem estratégias mais criativas de litigantes e dos órgãos do sistema.

Atualmente, ao se pretender acionar as instâncias interamericanas de proteção dos Direitos Humanos com a finalidade de buscar a responsabilidade do Estado pela ação de empresa privadas que atuam em seu território, deve-se buscar a fundamentação à luz do conteúdo das obrigações estatais de prevenção e proteção, manejando os avanços jurisprudenciais existentes, como os relacionados à devida diligência, a responsabilidade estatal por atos de particulares, e ao conteúdo das obrigações de prevenção e proteção desenvolvidos no que diz respeito às atividades de terceiros em relação aos direitos dos povos indígenas e populações afrodescendentes, por exemplo.

Espera-se que a jurisprudência interamericana desenvolva e consolide o conteúdo específico das obrigações estatais concernentes a empresas, contribuindo, através de seus diferentes mecanismos, a regular uma temática tão carente de aprofundamento e enfrentamento, restando, por fim, evidente que o panorama do mundo empresarial com o mundo dos Direitos Humanos necessariamente passa pelos deveres estatais.

A não responsabilização internacional faz com que muitas empresas permaneçam imunes ante as demandas que continuamente surgem, de violações de Direitos Humanos, cujos desdobramentos são que estas continuam ocorrendo e que as empresas permanecem sem impedimentos, por nenhum tipo de embaraço ou constrangimento legal ou normativo.

Deve-se, portanto, abrir a possibilidade de estabelecer, naqueles casos em que elementos probatórios restem inequívocos, que sob o enfoque do direito internacional, as empresas possam e devam ser responsabilizadas pelos danos decorrentes de suas atividades empresariais.

Medidas mais enérgicas e coordenadas dos órgãos da OEA também são aguardadas, que atualmente pauta-se ordinariamente ainda na responsabilização solitária dos Estados, e quando referem-se a empresas, o fazem apenas sob a ótica da Responsabilidade Social Corporativa, fundada em arranjos frouxos de regulação e controle, prestigiando empresas que adotam as denominadas "boas práticas"[276], e contando com a "sensibilização dos empresários" (OEA, 2014 (1).

276 A esse respeito, insta indicar a participação da empresa petroleira REPSOL na primeira Sessão Especial sobre a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos no Âmbito Empresarial, realizada em 20 de janeiro de 2015 na Comissão de Assuntos Jurídicos do Conselho Permanente da OEA, em cumprimento à Resolução AG/RES. 2840 (XLIV-O/14) (Ver em <http://www.oas.org/es/sla/ddi/boletines_informativos_sesion_especial_derechos_humanos_empresa_2015.

Sobre medidas mais enérgicas, além do desenvolvimento da jurisprudência da Corte IDH, é esperada a criação do Comitê Especial DESC, cujo plano de trabalho[277] da Unidade DESC[278], enumera o objetivo de avançar o conhecimento e análise de temas emergentes na matéria, em que se relacionam os DESCs e atividades empresariais, o SIDH siga explorando o desafiante tema da responsabilidade empresarial nas Américas, em casos de violações de Direitos Humanos.

O mencionado Comitê, por meio de seu Relator Especial, trabalharia com casos individuais sobre DESCs para a decisão da CIDH, assim como representar, por delegação, à Comissão em litígio ante a Corte IDH, em casos relacionados a DESCs, bem como fazer recomendações à CIDH sobre situações urgentes que poderiam requerer a adoção de medidas cautelares ou a solicitação de adoção de medidas provisórias antes a Corte IDH, entre outros mecanismos, e o monitoramento da adoção de medidas legislativas, judiciais, administrativas ou de outra índoles, que sejam necessárias para tornar efetivo o exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais[279].

Uma outra medida é esperada, qual seja, a criação de um Sistema Interamericano de Prevenção de Conflitos Sociais[280], presente em discursos do atual Secretário Geral da OEA, Luis Almagro, no que seria um sistema ativo, capaz de reforçar as capacidades locais não apenas em nível de governo, mas também em nível privado e dos movimentos sociais, de modo a evitar possíveis conflitos decorrentes da instalação de projetos produtivos e extrativos, moderando seus impactos e buscando ao atendimento das necessidades e queixas das comunidades locais.

Considerações finais

No presente trabalho foram analisados os parâmetros que buscam a responsabilização internacional de empresas transnacionais e outras empresas no âmbito do Sistema Interamericano, indicando os principais documentos deles decorrentes, que apontam o fracasso de tal intento até o momento.

---

html>.) A empresa teve oportunidade e espaço para falar dos compromissos assumidos em diversos fóruns das Nações Unidas e o respeito aos princípios do Pacto Global, Convenção 168 da OIT e aos Princípios Orientadores. Ocorre que são diversas as denúncias por organizações de proteção de Direitos Humanos, de violações praticadas pela empresa em comento, como por exemplo, as disponíveis em <http://www.eldiario.es/economia/Repsol-yacimiento-amazonia-amenaza-pensiones_0_350315446.html>. e <https://www.escr-net.org/es/docs/i/400633>. Acesso em: abril de 2016.

277 Ver plano de trabalho em: <http://www.oas.org/es/cidh/desc/desc-plan-trabajo.asp>. Acesso em: abril de 2016.

278 Espaço institucional especializado criado pela CIDH durante o 146º período ordinário de Sessões, de 20 de outubro a 16 de novembro de 2012. Ver mais em: <http://www.oas.org/es/cidh/desc/default.asp>. Acesso em: abril de 2016.

279 Sobre a criação da Relatoria Especial DESC, ver <http://www.oas.org/es/cidh/desc/creacion.asp>. Acesso em: abril de 2016.

280 Sobre a possível criação do sistema, ver notícia em <http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-047/15>. Acesso em: abril de 2016.

Não obstante isso, após reflexões acerca do modo em que os órgãos políticos e jurídicos da OEA enfrentam a problemática, apesar de ordinariamente voltada à responsabilidade dos Estados, a responsabilização de empresas violadoras de Direitos Humanos não resta inteiramente afastada, pois estes indicam que isso se dê em âmbito nacional, decorrente do dever estatal de proteção.

Tal compreensão revela-se importante pois caso a implementação dos princípios e demais instrumentos e mecanismos fossem mais ampla e melhor monitoradas, certamente colaborariam para a aplicação horizontal dos Direitos Humanos em nível interno dos Estados. Apesar disto, interessantes contribuições decorrem de tais instrumentos, indicados no presente artigo: o esclarecimento das obrigações de atores não estatais, que acaba por afastar, por exemplo, o discurso da não responsabilidade em casos de violações de Direitos Humanos em empresas sediadas em outros países, por exemplo, posto que a extraterritorialidade é enfrentada em seu corpo de orientações, ainda que muito timidamente.

Além disso, foram responsáveis por manter vivo na agenda da OEA a necessária (re)discussão da questão empresas e Direitos Humanos, inclusive com trabalhos atuais da CIDH, que trataram de forma específica tal questão, algo até então tão esperado por vítimas e organizações que lutam para que responsabilidade internacional de empresas violadoras de Direitos Humanos se torne uma realidade, talvez nos próximos anos.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor E. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. **SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 2, 2005, p. 188-223. Disponível em: ≤www.scielo.br/sur>.

BILCHITZ, David. **O marco Ruggie:** uma proposta adequada para as obrigações de Direitos Humanos das empresas? Disponível em: ≤http://conectas.org/Arquivos/edicao/publicacoes/publicacao-201424172037639-25364707.pdf>. Acesso em: nov. de 2015.

BUOB CONCHA, Luis Carlos. Direito à água: entendendo seus componentes econômico, social e cultural como fatores de desenvolvimento para os povos indígenas. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 17, dez. 2012, p. 41-61. Disponível em: ≤www.scielo.br/**sur>.**

BURGER, Julian. La protección de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional. In: BELTRÃO, Jane Felipe; BRITO FILHO, Jose Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (Coords.). **Derechos humanos de los grupos vulnerables**, 2014.

CAVALLARO, James L.; BREWER, Stephanie Erin. O papel da litigância para a justiça social no Sistema Interamericano. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, n. 8, 2008.

CERQUEIRA, Daniel. La atribución de responsabilidad extraterritorial por actos de particulares enel sistema interamericano: contribuiciones al debate sobre empresas y derechos humanos. **Aportes DPFL**, n. 20, ano 8, agosto de 2015.Disponível em <http://www.dplf.org/sites/default/files/aportes2020_web_final_0.pdf>. Acesso em: abril de 2016.

COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. **SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 06, ano 10, 2009.

NAÇÕES UNIDAS. 1948. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acessado em jan./2016.

_____. 2005. Commission on Human Rights Resolution. **Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises**. UN Doc. Resolution 2005/69. Acessadoemjan./2016.

_____. 2006. **Special Representative to the Secretary-General on Business and Human Rights**. John Ruggie, Interim Report of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, UN Doc. E/CN.4/2006/97 (2006). Acessado em: jan. de 2016.

_____. 2011. **Principios rectores sobre las empresas y losderechoshumanos** (2011). Acesso em: jan. de 2016. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf>.

_____. 2014. Consejo de Derechos Humanos. **Resolución A/HRC/26/L.1 sobre losderechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas.** Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G14/062/43/PDF/G1406243.pdf?OpenElement>. Acesso em: jan. de 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969.

_____. **Responsabilidad social de las empresas enel campo de losderechos humanos y elmedio ambiente enlasaméricas**. CJI/RES. 205 (LXXXIV-O/14). 2014 (1).

_____. **Promoción y proteccíon de los derechos humanos en el ámbito empresarial**. AG/RES. 2840 (XLIV-O/14).(2) ver ano

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales**. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. 2009.(1) ver ano.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales:** protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, exploración y desarrollo. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15. 2015.(1)

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos**. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 49/15. 2015.(2)

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. (1)

_____.Corte Interamericana de Direitos Humanos. *C***aso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas de 29 de julho de 1988.

_____.Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidade Mayagna (Sumo) AwasTingni vs. Nicarágua.** Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas de 31 de agosto de 2001.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Comunidade Indígena YakyeAxa vs. Paraguai**. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas de 17 de Junho de 2005.

_____.Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai**. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas de 29 de março de 2006.(1)

_____.Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Claude Reyes e outros vs. Chile**. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas de 19 de setembro de 2006.(1)

_____.Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Saramaka vs. Suriname**. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas de 28 de novembro de 2007.

_____.Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Kawas Fernández vs. Honduras**. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas de 03 de abril de 2009. (2)

_____.Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayakuvs**. Equador. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas de 27 de junho de 2012.

_____.Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Luna Lópesvs. Honduras**. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas de 10 de outubro de 2013.(1)

_____.Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidade Afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênesis) vs. Colômbia**. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas de 20 de novembro de 2013.(2)

_____.Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidade Garifúna da Ponta Negra vs. Honduras**. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas de 08 de outubro de 2015.(3)

_____.Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidade Garifúna da Cruz vs. Honduras**. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas de 08 de outubro de 2015.(4)

_____.Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Kaliña e Lokono vs. Suriname**. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas de 25 de novembro de 2015.(5)

_____.Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório Anual de 2014**. San José, 2015.(6)

_____.Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Opinião Consultiva n. 18**. San José, 2003.

TEREZO, Cristina Figueiredo. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos:** pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. Curitiba: Appris, 2014.

SOBRE O LIVRO
Tiragem: Exemplar Não Comercializado (Este livro não será impresso pela Editora CRV).
Formato: 16 x 23 cm
Mancha: 12 X 19 cm
Tipologia: Times New Roman 11,5/12/16/18
Arial 7,5/8/9
Papel: Pólen 80 g (miolo)
Royal Supremo 250 g (capa)