

IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES POSITIVAS A EMPRESAS E VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS: EFEITOS HORIZONTAIS***THE IMPOSITION OF POSITIVE OBLIGATIONS ON COMPANIES AND HUMAN RIGHTS VIOLATIONS: HORIZONTAL EFFECTS***

Artigo recebido em 12/06/2015

Revisado em 08/09/2015

Aceito para publicação em 05/10/2015

Renata Alvares Gaspar

Professora pesquisadora da PUC-Campinas, Doutora em Direito pela Universidade de Salamanca/Espanha, Líder do Grupo de Pesquisa “Relações jurídicas e desenvolvimento social e econômico, com ênfase em temas regionais, sub-regionais e internacionais (globais)/Direito”.

Luísa Nascimento Bustillo

Aluna do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC/SP), Bolsista PIBIC/CNPQ.

RESUMO: O presente artigo é produto de pesquisa que se propôs a entender e explorar a situação jurídica atual da relação existente entre direitos humanos e empresas, tanto no âmbito internacional quanto no Brasil. Para alcançar tal objetivo, utilizou-se como base a análise e compreensão de instrumentos diversos, escolhidos de forma qualitativa, totalizando seis documentos de valor jurídico - metade destes de autoria da ONU e outra produzida por atores da sociedade civil-. Procurou-se, também, verificar como esses instrumentos emolduram e delimitam as relações sociais estabelecidas entre empresas e o papel que joga, na atualidade, os direitos humanos no tocante à responsabilizações em casos de violações desses direitos e à possibilidade de imposição de obrigações positivas a empresas. Para tal fim, aplicou-se um método indutivo, realizando-se uma análise não descritiva, com técnicas normativas, sempre com um enfoque zetético. Ainda, houve a utilização do Direito Comparado.

PALAVRAS-CHAVE: horizontalidade dos direitos humanos - responsabilização por violações - obrigações positivas

ABSTRACT: The present article is the result of a research that had the purpose of understanding and exploring the legal current situation of the actual relation between human rights and business, not only in the international sphere, but also in Brazil. In order to achieve

such goal, several tools chosen in a qualitative way were analyzed and understood. There were six legally important documents in all – half of them, UN documents, and the other half, civil society actors’ production. The research equally focused on understanding how those tools are able to establish boundaries on the social relations fixed between business and the role currently developed by human rights in relation to the accountability in cases of violations of those rights and in regard to the possibility of imposing companies positive obligations. With this purpose, an inductive method was applied, a non-descriptive analysis was made, normative techniques were used and there was a continuous inquiring focus. Comparative Law was also employed.

KEYWORDS: human rights horizontality – accountability for violations – positive obligations.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A quebra de paradigma e a emersão dos deveres fundamentais no Brasil. 2 Responsabilidade e imposição de obrigações positivas: em direção ao consenso? 2.1 Declaração do Fórum da Sociedade Civil para UNCTAD XI. 2.2 O Segundo Ciclo de Revisões Periódicas Universais das Nações Unidas. 2.3 Normas sobre a Responsabilidade de Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados. 2.4 Relatório “marco Ruggie”. 2.5 Princípios Guia das Nações Unidas Acerca de Empresas e Direitos Humanos: Quadro sobre “Proteger, Respeitar e Remediar”. 3 Brasil: um panorama sobre responsabilização de empresas e imposições de obrigações positivas. 3.1 O Brasil e mecanismos de responsabilização de empresas violadores de direitos humanos. 3.2 O Brasil e a possibilidade de imposição de obrigações positivas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como finalidade analisar se é possível exigir o cumprimento dos direitos humanos por sua própria principiologia, visto o momento epistemológico atual, e pelo entendimento que estes possuem efeitos irradiantes, no sentido de requerer-se sua aplicação e sua eficácia horizontal, e não mais apenas vertical. É possível entender a horizontalidade dos direitos humanos, expressão para indicar a vinculação de particulares a tais direitos, como aspecto da *constitucionalização do direito*- fenômeno no qual se verifica a irradiação dos efeitos das normas e valores constitucionais aos outros ramos do direito. A imposição, às

peças de direito privado¹, das normas de direito internacional protetivas dos direitos humanos é, portanto, deste modo, justificável.

Portanto, procura-se averiguar se há, ou não, esforços por parte da sociedade internacional, do estado brasileiro e das empresas privadas na construção de uma relação de respeito e garantia quanto à promoção e proteção dos direitos humanos. Para isso, serão vistos os esforços, tanto em contexto internacional, quanto nacional, acerca da responsabilização social e jurídica por atos violadores de tais direitos, e da possibilidade de se considerar estas empresas como atores ativos também na construção e promoção desses direitos.

Esta análise será pautada tanto em documentos anteriores ao mandato do Representante Especial John Ruggie -como as *Normas sobre a Responsabilidade de Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados*- quanto provenientes deste, tais como o relatório conhecido como “marco Ruggie” e os Princípios-Guia dele derivados. Ademais, serão levadas em consideração as demandas da sociedade civil analisadas, também, por meio de documentos, tais como a *Declaração do Fórum da Sociedade Civil para UNCTAD XI*. Objetiva-se, assim, demonstrar tanto a situação atual de responsabilização das empresas privadas com os princípios que regem a promoção e proteção dos direitos humanos, quanto os rumos da construção do consenso, em âmbito internacional, acerca desses temas; e tudo emoldurado, como não poderia deixar de ser, pela atuação da sociedade civil, que indubitavelmente auxilia nesse processo.

De tal sorte que este trabalho tem como expectativa demonstrar o tratamento dado pelo Brasil a estas questões. A responsabilização de empresas por violações de direitos humanos será abordada esclarecendo os mecanismos dispostos para saneamento e sanção. Além disso, o estudo objetiva mostrar as iniciativas do país quanto à imposição de obrigações positivas para empresas.

Para atingir os objetivos deste trabalho, utiliza-se, portanto, um método indutivo, no qual se parte da análise de certos documentos para se entender como se encontra, no momento atual, a discussão e a construção de consenso acerca da relação entre empresas e direitos humanos. É realizada uma análise descritiva, majoritariamente com técnicas normativas², com enfoque zetético dentro das premissas jurídicas. Ainda, houve a utilização do Direito Comparado, que viabilizou o estudo entre sistemas e origens normativas referentes a diferentes âmbitos espaciais.

¹ Este artigo fará a franca utilização do termo “empresa” no sentido de “pessoa jurídica do direito privado”, fazendo uso, portanto, da linguagem coloquial.

² No sentido em que expõe Eduardo Bittar (2013, p. 208).

1 A QUEBRA DE PARADIGMA E A EMERSÃO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 internalizou o Direito Internacional dos Direitos Humanos, tornando o ordenamento jurídico brasileiro congruente com a comunidade internacional e tomando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como máxima do sistema. Entende-se que tal processo é fruto da ruptura do paradigma positivista, e, portanto, parece ser de extrema importância que se compreenda os movimentos e direções tomados pela ciência do direito a partir do término da Segunda Guerra Mundial. Segundo Richard B. Bilder:

Muitos dos direitos que hoje constam no do Direito Internacional dos Direitos Humanos emergiram apenas em 1945, quando, com as implicações do holocausto e de outras violações de direitos humanos cometidos pelo Nazismo, as nações do mundo decidiram que a promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais deveria ser um dos principais propósitos da Organização das Nações Unidas. (*apud*, PIOVESAN, 2012, p. 62)³

Assim, a partir de 1945, começa a se notar uma ruptura do paradigma positivista com o consequente surgimento de uma nova norma fundamental, materializada na proteção da dignidade da pessoa humana. E esta se tornou a nova matriz de preocupação da sociedade internacional.

O hiato entre paradigmas epistemológicos, vivido desde então, dá espaço ao diálogo entre a doutrina juspositivista e a jus naturalista, na emersão do jusfundamentalismo. Os conceitos de moral, ética e justiça, antes delegados ao ramo da sociologia e filosofia, foram novamente reassociados à norma jurídica, permitindo a discussão não apenas da legalidade das mesmas, mas, também, de sua legitimidade. Com isso, nota-se a incorporação de valores ao sistema jurídico e os princípios passam a adquirir força normativa.

Há, portanto, uma nova reestruturação do Direito Constitucional: uma nova topografia (PIOVESAN, 2012, p. 90) se faz necessária às novas constituições, que, no caso da brasileira, além de reafirmar a supremacia do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, inclui amplos e

³Piovesan ainda expõe que, apenas sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos, é possível compreender a influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, emergente do pós-guerra, no Direitos Constitucional ocidental, que por este foi remodelado frente ao impacto das atrocidades do Nazismo, gerando um novo constitucionalismo, como vêm afirmando autores como Antônio Augusto Caçado Trindade (2012, p. 85).

diversos direitos fundamentais, liberdades e garantias que expressam um sistema de valores⁴, válidos e vinculantes para todo o ordenamento jurídico nacional.

É de extrema importância, também, para a discussão que aqui se propõe, compreender o papel do Estado diante da evolução dos direitos fundamentais⁵, uma vez que a matéria do direito é definitivamente indissociável da política. Para isso, é válido voltar à Revolução Francesa, que, em apertada síntese, perante o Absolutismo, esclareceu ser necessária a imposição de limites à atuação do Estado, muitas vezes abusiva, garantindo, assim, liberdade, e sendo promovidos, portanto, direitos civis e políticos. Ao longo da história, entretanto, nota-se o surgimento do discurso social, além deste discurso liberal, mais especificamente após a Primeira Guerra Mundial. Flávia Piovesan explica que

O Estado passa a ser visto como agente de processos transformadores, e o direito à abstenção do Estado, nesse sentido, converte-se em direito à atuação estatal, com emergência dos direitos à prestação social (2012, p.206).

No período posterior à Segunda Guerra, a dicotomização desses discursos enfraquece, reiterando-se, assim, o fato de que os direitos em questão são uma unidade completa, indivisível e interdependente. A partir disso, Louis Henkin, afirma:

Os direitos considerados fundamentais incluem não apenas limitações que inibem a interferência dos governos nos direitos civis e políticos, mas envolvem obrigações governamentais de cunho positivo em prol da promoção do bem-estar econômico e social (...) (apud PIOVESAN, 2012 p.209).

Passam a ser promovidos, também, portanto, os direitos econômicos e sociais. Sobre estes, Aldo Caliari explicita que, por sua própria essência, demandam um Estado ativo na política econômica e social, com intervenções ou mesmo com uma regulamentação e fiscalização diligente das atividades do setor privado (2009).

Para tanto, parte-se do pressuposto de que do Estado, em quesito de proteção e promoção de direitos fundamentais, não mais seja requerida apenas sua abstenção (a não

⁴ Tal sistema, segundo Virgílio Afonso da Silva é base para que liberdades públicas sejam vistas como prestações positivas, além de mero direito a abstenção estatal, tema que será estendido ao longo deste artigo.

⁵ Apesar de a doutrina alertar para a heterogeneidade e o dissenso (tanto na esfera conceitual como terminológica) presentes no assunto, e por vezes utilizar-se dos termos indistintamente, é necessário discernir as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Direitos fundamentais são os direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de certo Estado (e, portanto, limitados temporal e espacialmente), são por sua natureza direitos humanos (seu titular será a pessoa humana, mesmo que representada coletivamente). A expressão “direitos humanos”, por sua vez, preserva relação com o direito internacional, sendo supranacionais, independentes da ordem constitucional, derivados da ideia de um direito natural (SARLET, I. 2009 p. 28-31). O critério para distinção, portanto, dá-se levando em consideração a concreção positiva: os direitos fundamentais são direitos humanos reconhecidos e positivados pelo ordenamento jurídico de um país.

violação de direitos e permissão da autonomia, da liberdade), mas também sua intervenção positiva, para que os direitos e garantias se realizem. E, neste caso, uma preocupação passa a ser a atuação de outros atores, como entes privados, e a postura do Estado em respeito a eles e suas novas obrigações.

2 RESPONSABILIDADE E IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES POSITIVAS: EM DIREÇÃO AO CONSENSO?

O Estado foi, por muito tempo, considerado o principal violador dos direitos fundamentais, dado ao contexto histórico, devido aos meios e fins do paradigma dos direitos humanos instaurados na comunidade internacional. Entretanto, atualmente, o Estado não mais é visto como a única ameaça, podendo sê-lo, também, os particulares, em especial as empresas privadas, em razão da crescente industrialização, resultante do processo de globalização e internacionalização do comércio.

Juntamente com este processo de expansão do capital por intermédio da proliferação de empresas transnacionais e de movimentação de capital transfronteiriço, surgem novas definições de posicionamentos políticos e econômicos, de cunho mais liberal, que acabam por provocar e/ou promover a redução da atuação estadual, tendência vista na América Latina no fim do século XX. Diego Valadés sintetiza:

O Estado representou uma ameaça real para a liberdade e autonomia das pessoas; mas hoje os indivíduos se encontram expostos a fogo duplo: o do Estado e de outros particulares. O poder destes se dilatou quase na mesma proporção em que o poderio público diminuiu. (2011, p. 440, tradução nossa)

Não por outra razão que Virgílio Afonso da Silva expressou ser o primeiro passo para superar da visão tradicional do Estado como violador unitário dos direitos humanos, o estabelecimento de um paralelo entre este e as grandes corporações (2011, p.53) ⁶. A partir disso, e da atual produção científica do ramo, ilustrada neste trabalho pelo autor David Bilchitz, é possível, analogicamente, estabelecer os seguintes pontos: i) se o Estado possui responsabilidade objetiva por tais violações, por certo que também a teriam as empresas e demais entes particulares; e, ii) se àquele são atribuíveis obrigações positivas para a realização de direitos fundamentais, obrigações desse tipo também seriam deveres destas.

⁶ O autor defende, ao longo de sua obra, que nesse paralelo pretende incluir não apenas as corporações, mas a absolutamente todos os particulares em todas as relações entre si.

Entretanto, traçar este paralelo não é operação fácil; sobretudo neste momento atual e complexo em que estão vivendo todas as sociedades, onde o Estado ainda é o protagonista e, ao mesmo tempo, tem que conviver – e em muitos casos ceder poder – aos atores privados, que ao fim e ao cabo financiam suas atividades. Ou seja, não é fácil traçar este paralelo numa relação complexa como é a que se estabelece entre o Estado e Capital privado. Em muitas ocasiões atuam em irmandade e em outras, medindo forças e lutando por quotas importantes de poder.

Assim que, o que se fará a seguir para alcançar o objetivo deste trabalho é expor alguns instrumentos internacionais que nesta pesquisa se julgou serem importantes para a construção da proteção dos direitos humanos de forma horizontal, máxime porque deles e em função deles, a sociedade civil internacional atua de forma singular em sua promoção. Ademais, com isso se pretende colocar luzes no assunto objeto deste trabalho e com isso aportar elementos para que este debate se realize a partir de premissas válidas.

Para as finalidades expostas, três dos instrumentos referidos⁷ foram escolhidos por serem fruto de processos constituídos pela Organização das Nações Unidas, sendo tentativas sucessivas de obter consenso acerca de empresas e direitos humanos. Importam por representarem consolidações da comunidade internacional, sendo verdadeiros parâmetros para a discussão que envolve os elementos supracitados. Outros três documentos⁸ foram considerados igualmente importantes, por serem derivações diretas de pesquisas e reflexões da sociedade civil acerca do assunto, que ilustra a participação ativa e construtora da sociedade no consenso internacional.

Estes seis documentos constituem um conjunto interessante, pois demonstram, assim como diversos atores, diferentes maneiras de participação do processo de construção de consenso internacional.

2.1 Declaração do Fórum da Sociedade Civil para UNCTAD XI⁹

Em 2004 foi realizada em São Paulo a décima primeira Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD¹⁰ XI). A conferência é um órgão

⁷ São os documentos: *Normas de Responsabilidade de Empresas Transnacionais e outras Empresas, Protect, Respect, and Remedy: A Framework for Business and Human Rights* (relatório este mais conhecido e aqui citado como “marco Ruggie”) e *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*.

⁸ Os documentos referidos são: *Civil Society Forum Declaration to UNCTAD XI, Brazilian obligations to address human rights violations perpetrated by companies, e Access to Justice: Human Rights Abuses Involving Corporations- Brazil (executive summary)*.

⁹ Denominação original: *Civil Society Forum Declaration to UNCTAD XI*

subsidiário da Assembleia Geral da ONU, que possui como função trabalhar com Estados Nacionais, com a ONU e suas comissões regionais, assim como com instituições governamentais, não governamentais e, ainda, com o setor privado, promovendo integração de países em desenvolvimento no mundo econômico, auxiliando a articulação entre políticas nacionais e internacionais, sempre visando um desenvolvimento sustentável. As conferências, realizadas de quatro em quatro anos, possuem uma função política de suma importância: construir consenso entre governos com relação à economia mundial e às políticas de desenvolvimento, situando assim a atuação da ONU quanto a problemas dessa ordem. Suas decisões são referências internacionais, no entanto não são vinculantes. A UNCTAD tem servido, ultimamente, como um instrumento de pressão em favor dos países em desenvolvimento.

Na conferência em questão, um dos documentos submetidos parece ser de extrema relevância para o tema aqui proposto, denominado *Declaração do Fórum da sociedade Civil para UNCTAD XI*, produzido com representação ativa de movimentos sociais, grupos ambientais, organização de mulheres, sindicatos, dentre outros, para defender princípios, posições e ações para os Estados Membros da UNCTAD.

Primeiramente, é importante ressaltar que este instrumento expressa enorme desgosto com o fato de a resolução da Conferência –que tem como preocupação uma globalização equilibrada e inclusiva– se omitir em relação ao abuso de multinacionais (e políticas falhas de partilha) quanto ao uso de recursos naturais para o benefício das próprias. Além de outras omissões¹¹, o documento aborda a questão da má repartição do lucro: o capital financeiro especulativo de tais companhias se localiza em sua sede, em países desenvolvidos.

Dentre suas recomendações à UNCTAD, a declaração colocou como prioridade que empresas transnacionais sejam cobradas pela parcela de sua responsabilidade sobre a dívida recentemente contraída pelos países subdesenvolvidos; e, ainda, que o comércio internacional –assim como as instituições e instrumentos deste– siga os princípios da Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como os instrumentos e convenções que emanam de processos da ONU (2004, p.2). Importante ressaltar, também, que as Nações Unidas ainda não possuem um

¹⁰ Sigla para *United Nations Conference of Trade and Development*.

¹¹ Que se encontram explícitas no próprio documento em questão, disponível para consulta em: <http://unctad.org/en/Docs/td407_en.pdf>

instrumento formal específico que regule a atuação efetiva das empresas, vez que o projeto das Normas de Responsabilidade de Empresas Transnacionais e outras Empresas¹² fracassou.

Uma das mais relevantes recomendações constantes do referido instrumento é a proibição imposta às multinacionais, para que se abstenham de adotar medidas legais ou convencionais contra os Estados receptores de investimentos estrangeiros, em função de efetivação de políticas públicas em favor do desenvolvimento social; portanto, políticas públicas efetivas em prol da cidadania. E, se assim atuarem, que estas empresas privadas, multinacionais em sua maioria, respondam juridicamente por suas atividades, viabilizando a defesa da cidadania e das comunidades na proteção de investidores que violem quaisquer dos seus direitos (2004, p.2).

Apesar da aparente radicalização de tal recomendação, esta responde a atuações, no mínimo duvidosas, adotadas por empresas multinacionais, cujo caso mais ilustrativo se vê no processo arbitral ICSID, nº ABR/10/7, que envolve indústrias de tabaco e o estado uruguaio (instaurado após a adoção de uma política contra o fumo no país), em que a controvérsia sobre o tema está evidente: alguns arbitralistas entendem existir um abuso do poder estatal nas atuações contra o tabaco, que frustram, evidentemente, os investimentos feitos pela indústria tabacalera, já os outros acreditam que a atuação do Estado uruguaio é ativa e consciente em favor da cidadania e que sua atuação se traduz na realização de políticas públicas que visam à preservação de direitos da cidadania, em especial à saúde; tudo em respeito aos princípios da Convenção Quadro para o Controle de Tabaco (eficaz no ordenamento paraguaio desde fevereiro de 2005) da OMS.

A declaração aponta, também, que:

A democracia desgasta-se quando os governos renunciam, ou são forçados a renunciar, o direito de regulação em troca de maior acesso ao mercado. Os lucros, então, progressivamente vão para as indústrias e seus donos, ao invés de serem revertidos para países e suas populações (2004, p.4, tradução nossa).

De tal sorte que a declaração indica, igualmente, a necessidade de legislação vinculativa multilateral que responsabilize (ou mesmo penalize) as corporações transnacionais. O documento demanda, também, o desenvolvimento efetivo de instituições multilaterais e legislação internacional, auspiciada pelas Nações Unidas, que assegurem o bem-estar social, proteção ambiental e subordinação de políticas comerciais a acordos internacionais, tanto sociais quanto ambientais (2004, p.4).

¹² O documento se encontra disponível em:

<[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En)>

Nota-se, claramente, portanto, que o resultado da conferência, traduzido na referida declaração, expressa a urgência de um documento de caráter vinculante na comunidade internacional que proteja direitos fundamentais frente a empresas, para que tais violações por elas perpetradas sejam passíveis de punição e, ainda, que se preserve o direito do Estado de manter planos econômicos condizente com a sustentabilidade e o desenvolvimento social.

Em realidade, ficou evidente que tal declaração indica a necessidade de que as indústrias não apenas adquiram uma postura de não violação de direitos, mas também de prestações positivas para com o Estado que a acolhe. Ainda que para tanto o Estado tenha que intervir e exercer seu papel regulatório, uma vez que o presente sistema de comércio parece beneficiar as empresas multinacionais, permitindo a manutenção de relações desiguais¹³.

Portanto, fica evidente a preocupação da declaração referida, representativa dos anseios da sociedade civil, com a regulação das atividades privadas em favor da proteção dos direitos fundamentais da cidadania interna, inclusive com auto-imposição de que a própria conferência que auspiciou esta declaração deva promover pesquisas e políticas internacionais e internas referentes ao tema, incluindo a responsabilização via tributação progressiva¹⁴ (p.08). Por fim, o referido documento concluiu de forma reiterativa que:

UNCTAD deve, portanto, focar em políticas quanto a empresas multinacionais e sua regulação. Estudos analíticos devem ser combinados com a promoção de responsabilidade social corporativa e responsabilização. UNCTAD pode auxiliar em assegurar que a dimensão de desenvolvimento esteja adequadamente visada em todas as iniciativas, voluntárias e regulatórias. Para este fim, a Conferência poderia fomentar discussão entre governos de países em desenvolvimento, agência da ONU, empresas, sindicatos e ONGs. A UNCTAD deve ainda apoiar políticas internacionais como as Normas de Responsabilidade de Empresas Transnacionais e outras Empresas (...) (tradução nossa, p. 07)

2.2 O Segundo Ciclo de Revisões Periódicas Universais das Nações Unidas

O documento *Brazilian obligations to address human rights violations perpetrated by companies*, datado de 28 de Novembro de 2011, foi submetido pela ONG Conectas Direitos Humanos, em parceria com mais seis instituições, no Segundo Ciclo de Revisões Universais Periódicas (*Universal Periodic Review*), realizado pela ONU.

¹³ Juan María B. Ubillos, resalta que, em alguns casos “A desigualdade se converte em falta de liberdade. Por trás dessas manifestações concretas de concentração ou monopolização do poder social, econômico ou informativo (...) se esconde a privilegiada posição de certos indivíduos ou organizações cujo predomínio anula ou compromete gravemente esse mínimo de liberdade e igualdade que constitui o pressuposto da autonomia privada.” (In: SARLET, 2010, p.265, tradução nossa).

¹⁴ O fórum parece sugerir uma divisão de lucros forçada por parte do Estado, para que, por meio de tributação, este adquira recursos para promover os direitos da cidadania, já que dificilmente há ações voluntárias por parte de empresas para tal.

A Revisão Periódica Universal é um mecanismo do Conselho de Direitos Humanos que submete todos os Estados-membros (193, atualmente) a uma revisão sobre sua situação com relação aos direitos humanos. Primeiramente, a sociedade civil envia diretamente ao Conselho uma série de documentos, que serão compilados em um relatório a ser produzido pela ONU, servindo de base do processo revisional. Além deste documento, um relatório oficial deve ser entregue pelo governo, sendo adicionado a outros relatórios já produzidos sobre o país por outros órgãos da ONU. A Revisão, portanto, constitui um sistema de monitoramento da sociedade internacional, em sede global, de aferição do respeito aos direitos humanos.

Assim que, a partir da observação da realidade brasileira, relatórios sobre a relação do Brasil e direitos humanos em diversos aspectos foram enviados à ONU para este segundo ciclo de revisões universais. Dentre eles, o relatório supracitado, que relata casos de violação de direitos humanos perpetrados por empresas, expondo também a atuação do estado brasileiro em face de tais violações. Para tanto, o relatório se divide nas seguintes partes: I - Violações de Direitos Humanos por Empresas no Brasil: Barreiras do acesso à justiça; II - Impacto e Violações de direitos humanos causados por Indústrias Extrativistas; III - Violações de Direitos Humanos por Empresas Brasileiras no exterior: falta de controle e duplos *standarts* e por fim, IV- BNDS: falta de transparência e avaliação de impactos sociais e ambientais (2011, tradução nossa).

A primeira parte se embasa numa pesquisa feita pela Conectas *Access to Justice and Legal Remedies for Human Rights Abuses Involving Corporations*, no qual são trazidos a tona 13 casos paradigmáticos de violações e o respectivo tratamento dado pelo ordenamento brasileiro.

De modo geral a ONG referida ressaltou que, apesar de o Brasil ser signatário de um grande número de tratados internacionais que devem ser invocados em caso de qualquer abuso por parte das empresas (2011), notou que raramente um controle é feito nesse sentido. Ou seja, que o estado não tem por hábito aferir mediante controle se as empresas estão respeitando ou não direitos e garantias fundamentais em suas práticas.

Portanto, em vista de tal constatação, o documento reenfoca que é obrigação estatal garantir, promover e prevenir violações de direitos humanos, assim como investigar e punir tais ocorrências.

Crítica, também, o fato de que, no ordenamento, não se prevê a responsabilização criminal de pessoas jurídicas a não ser por crimes ambientais (Lei 9605/98). Indica, também, que existem importantes barreiras institucionais na defesa dos direitos humanos,

demonstrando que o judiciário não é de fácil acesso devido aos custos, morosidade, desconhecimento de direitos, falta de precedentes, falta de regulamentação, excesso de poder político e econômico das empresas, dentre outros fatores.

Em sua segunda parte, explicita-se a situação atual sobre o aumento das indústrias extrativistas num contexto de omissão estatal sobre regulamentação e falta de sanção de abusos. Recomenda-se o fortalecimento da defensoria pública, celeridade nos processos, remédios efetivos, inspeções *in loco*, etc. (2011). Como exemplo, foi citado o caso de Açailândia, comunidade profundamente prejudicada pela indústria mineradora e siderúrgica¹⁵.

Na parte III, o documento recomenda que seja elevada a supervisão das atividades de companhias brasileiras no exterior, por meio de inspeções e relatórios obrigatórios, reforçando a importância do controle sobre empresas e seus impactos mesmo fora do país- condizendo com o aconselhamento a ser exposto no marco Ruggie e transposto aos *Guiding Principles*.

Em sua última parte, encontra-se a recomendação para que o BNDS, como empresa pública federal ligada diretamente ao Estado, tenha maior diligência com o destino e impacto de seus financiamentos, assim como maior transparência em suas ações e a abertura de um diálogo com ONGs, movimentos sociais, comunidades locais, e sociedade civil em geral (2011).

Apesar de tais críticas, o documento termina por elogiar o Banco no caso *Cosan mill and plants*, no qual foram encontrados 42 trabalhadores em condições análogas à escravidão, fato que levou o BNDS a suspender todo o financiamento para a empresa, não apenas para aquela unidade. O documento expõe que esta deveria ser uma política consolidada e não evento isolado.

Para finalizar, é importante ressaltar que no referido documento, por fazer parte de um processo de monitoramento no qual o país e sua postura estão sendo analisados, acaba por enfatizar as obrigações do Estado, dando pouca importância às obrigações que as empresas deveriam se ater. Todavia, nem por isso este deixa de ser um documento ilustrativo de participação ativa e benfeitora da sociedade civil.

Iniciativas como a da ONG Conectas e seus parceiros tem sido cada vez mais frequente e importantíssima para construção de consenso internacional acerca de empresas e direitos humanos, levando fatos internos para o contexto internacional para que a partir desse

¹⁵ Mais informações sobre o caso podem ser encontradas no documento produzido pela Federação Internacional dos Direitos Humanos; Justiça Global e Justiça nos Trilhos, denominado: *Brasil - Quanto valem os Direitos Humanos*, disponível em: <<http://global.org.br/wp-content/uploads/2011/05/rapport-bresil-port-LD.pdf>>.

retrato, se ilumine o real quadro da relação entre direitos humanos e empresas, não apenas mantendo o debate vivo, como influenciando novas decisões internacionais e internas.

2.3 Normas sobre a Responsabilidade de Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados

A responsabilização das empresas transnacionais por violação de direitos humanos está ressonantemente em voga no contexto internacional, com especial atenção, atualmente, para as obrigações legais de atores não estatais, principalmente no que tange às empresas multinacionais. Isso se deve, segundo Bedin, ao fato de que “as empresas transnacionais constituem um fenômeno que adquiriu maior relevância e o verdadeiro *status* de ator internacional nas últimas décadas (...)” (2001, p. 309), por serem “um poderoso agente de transformação das estruturas econômicas, sócias e políticas, em cujo interior penetram” (2001, p.316), e por possuírem como uma de suas características marcantes a busca de fins lucrativos.

Em 2003, especificamente, a Subcomissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos submeteu à Comissão de Direitos Humanos um documento denominado “Normas sobre a Responsabilidade de Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados com Relação aos Direitos Humanos”. O propósito era definir normas imperativas, obrigações que seriam irradiadas do direito internacional, no que tange à relação entre empresas e direitos humanos.

Logo no seu preâmbulo, o documento deixa claro seus objetivos ao expor que, apesar do Estado ser primariamente responsável pela realização dos direitos da cidadania, empresas privadas e transnacionais também o são. Sua motivação também é explícita ao colocar que as transnacionais elevaram-se não apenas quantitativamente, mas também em termos de sua influência no contexto nacional e internacional; entretanto, principalmente os sistemas nacionais ainda não foram capazes de se ajustar a tais fatos (NAÇÕES UNIDAS, 2003).

Ainda no preâmbulo, o documento reconhece que não se pode apenas ver tais empresas como danosas a uma sociedade, uma vez que apresentam:

(...) a capacidade de gerar bem-estar econômico, desenvolvimento, avanços tecnológicos e criar riquezas, assim como possuem a capacidade de impactar de maneira danosa direitos humanos e vidas de indivíduos, por meio de suas práticas empresariais principais, incluindo políticas empregatícias, ambientais, suas relações com fornecedores e consumidores, e também suas interações com Governos. (NAÇÕES UNIDAS, 2003, tradução nossa).

Ressalva semelhante fez José Alvarez, ao explicar que empresas transnacionais trazem enormes benefícios ao local em que se instalam, tais como a geração de empregos e o aumento da competitividade local; sem embargo, o reverso da moeda é que estas empresas com frequência dispõem de uma influência política perigosa, que pode acabar por soffrear direitos da cidadania¹⁶ (2012).

No mesmo sentido, Esther Barbé (1995) *apud* BEDIN, G. (2001, p.319) expressa que alguns dos aspectos negativos de transnacionais são: o aumento “das diferenças entre ricos e pobres”, o incentivo aos “regimes repressivos em nome da estabilidade e da ordem”, além de desafiar a “soberania nacional e pondo em perigo a autonomia do Estado-nação”.

O documento em questão, também, aponta que os direitos humanos, sendo indivisíveis, interdependentes e interrelacionados, incluem o direito ao desenvolvimento (que pode ser propiciado por empresas, se todos puderem participar, contribuir e gozar de desenvolvimento econômico, social e político).

Portanto, o que se coloca em evidência é que os efeitos das empresas transnacionais são multifacetados. Ao mesmo tempo em que trazem muitos benefícios ao país em que se instalam, podem causar danos aos direitos fundamentais, e tais fatores não podem ser analisados individualmente. São, por tal razão, apontados no documento.

Há o estabelecimento explícito, ainda no preâmbulo, de que as transnacionais, e todos que nelas envolvidos (incluindo os trabalhadores), têm obrigações e responsabilidades quanto a direitos humanos, tais como “promover, garantir o cumprimento, respeitar, garantir o respeito e proteger os direitos humanos reconhecidos na legislação tanto internacional quanto nacional” (NAÇÕES UNIDAS, 2003, tradução nossa). Em outro trecho do preâmbulo, isto é reafirmado: “as transnacionais ou outras empresas, como órgãos na sociedade, são também responsáveis por promover e assegurar os direitos humanos previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos” (NAÇÕES UNIDAS, 2003, tradução nossa) atentando que o dever existe perante a comunidade internacional e o direito internacional, independentemente de tais direitos terem sido, ou não, em todo internalizados pelo sistema nacional.

O documento divide-se nos tópicos: *General obligations; Right to equal opportunity and non-discriminatory treatment; Right to security of persons; Rights of workers; Respect for national sovereignty and human rights; Obligations with regard to consumer protection;*

¹⁶ Em palestra: *Evolving International Investment Regime: an introduction and an overview*. Proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, dia 25 de Agosto de 2012. Tradução nossa.

Obligations with regard to environmental protection, e; General provisions of implementation.

Em diversas ocasiões, ao longo do documento, é expressa a menção ao cabimento de obrigações positivas a empresas, transnacionais ou não, quanto a direitos humanos. Em seu primeiro tópico, além de reafirmar que é obrigação do Estado promover, assegurar, respeitar e assegurar respeito, indica que este deve também garantir que empresas respeitem direitos humanos. Também, afirma, novamente, que transnacionais tem a obrigação de promover, assegurar o respeito, e proteger direitos humanos.

Sob o tópico relativo à igualdade de oportunidades e tratamento não discriminatório, o documento atesta que tratamento igualitário deve ser dado a todos, exceto às crianças, que devem dispor de maior proteção, ou ainda “em conformidade com medidas especiais desenvolvidas para superar passadas discriminações contra certos grupos” (NAÇÕES UNIDAS, 2003). Em outras palavras, as empresas devem adotar ações afirmativas para alcançar um tratamento igualitário, quando houver, na localidade em que se encontram, uma desigualdade entre grupos causada por discriminação inscrita sócial e historicamente. Trata-se de uma iniciativa muito interessante e muito salutar. Todavia, é importante lembrar que certas ações afirmativas, como as cotas raciais (no caso brasileiro), passam por intensa discussão para sua aplicação, mesmo pelo Estado.

As Normas, sob o tópico *Right of workers*, também indicam que corporações transnacionais e outras empresas não devem cometer ou se beneficiar de crimes de guerra, crimes contra a humanidade, trabalhos forçados ou compulsórios, dentre outras violações de direitos humanos, sendo este um bom exemplo de abstenção de violação de direitos. Sob o mesmo tópico, medidas ativas estão previstas. Empresas devem prover um ambiente de trabalho seguro e saudável, com remuneração que permita uma vida digna para o trabalhador e sua família (expressamente ressaltando que esta deve possibilitar melhorias em sua condição geral); devem também assegurar o direito de livre associação e o reconhecimento do direito de fazer acordos coletivos.

Outra preocupação que se tem é de que algumas empresas transnacionais manuseiem valores maiores que o próprio PIB da localidade e, por isso, adquiram poder de influência na política considerável, que, por vezes, pode colocar em cheque a soberania nacional.

Portanto, o quinto tópico das Normas se refere a esta preocupação quanto à soberania nacional e o respeito aos direitos humanos. Encontram-se indicadas várias obrigações, como a de reconhecer e respeitar o direito internacional, tanto quanto as normas nacionais -sejam jurídicas ou administrativas- e o interesse público, com o objetivo de desenvolvimento -seja

social ou econômico-, por meio de políticas de transparência, responsabilidade, combate à corrupção, etc.

Ao final do mesmo tópico, o documento estabelece algumas normas que, embora aparentemente estabeleçam uma omissão, pressupõem um posicionamento ativo por parte da empresa, como, por exemplo, a obrigação de respeitar direitos econômicos, sociais e culturais assim como civis e políticos, direito ao desenvolvimento, direito à alimentação e água adequados ao consumo, e adequada condição de vida (incluindo aspectos diversos- físicos, psíquicos- direitos fundamentais em geral, como moradia, educação, etc).

Empresas devem também se abster de encorajar, de qualquer maneira, Estados, ou outras entidades, a abusar de direitos humanos. Uma obrigação positiva importante, sob este tópico, é a de assegurar que suas mercadorias ou serviços não serão utilizados para infringir direitos humanos.

No tópico seguinte, estabelece-se proteção ao consumidor, por meio de deveres tais como a manutenção do boas e justas práticas negociais, assim como de marketing e de publicidade. As empresas devem, também, assegurar qualidade e segurança em seus produtos, visando proteger quem os consome.

O documento abrange, também, no tópico que se segue, a proteção ambiental, zelando que empresas devam atuar em concordância com as leis nacionais, regulações, e práticas administrativas, observando também acordos internacionais, princípios e objetivos, a sempre colaborando com um desenvolvimento sustentável.

Em seu último tópico, o documento trata de sua própria implementação. As empresas seriam responsáveis por adotar medidas para o amplo funcionamento das Normas, submetendo relatórios periódicos como maneira de fiscalização. Também seriam passíveis de monitoramento periódico e verificação pela ONU. Tal monitoramento seria realizado também com o auxílio de ONGs, ou como resultado de queixas sobre violações. Posteriormente, as empresas deveriam realizar avaliações periódicas quanto ao impacto de suas atividades nos direitos humanos, além de reparar (e reabilitar, se necessário), justamente, quaisquer danos causados por falhas em cumprir efetivamente as Normas. E estas poderiam ser aplicadas por tribunais nacionais ou internacionais.

Logo, portanto, vê-se que o documento coloca em questão para as empresas, não apenas o dever de abster-se de violar (respeitar) direitos da cidadania, mas também a obrigação de promovê-los. Ou seja, por meio de ações positivas, construir e manter tais direitos, em sua esfera de influência. É possível notar, ao longo do documento, a presença de ambos os tipos de deveres e obrigações.

Apesar de sua importância para a cidadania ser evidente, estas Normas não foram aprovadas pela Comissão de Direitos Humanos da ONU. A justificativa foi a de que elas não tinham base legal, e que a Subcomissão mentora do projeto não deveria fazer esforços de regulamentação nesse âmbito (NAÇÕES UNIDAS 2003), subsistindo, portanto, a necessidade ressaltada no preâmbulo do próprio documento: como novas questões de direitos humanos continuam emergindo - nas quais empresas e transnacionais estão frequentemente envolvidas -, a construção de standards e sua implementação são requeridas agora e no futuro. (NAÇÕES UNIDAS, 2003)

O projeto das referidas Normas, aqui detalhadas, então, fracassou. Isso porque, apesar de ter sido aprovado por muitas ONGs, não teve boa recepção por parte de inúmeros Estados, bem como por organizações de peso ligadas ao empresariado, como a Câmara de Comércio Internacional (BILCHITZ, 2010), sendo objeto de intenso lobby dirigido por grupos empresariais (FEENEY, 2009 p.180). Entende-se que isso ocorreu devido à rigidez das referidas Normas, que impunham obrigações de forma inflexíveis e abrangentes, por vezes de cunho positivo, às empresas transnacionais que, em teoria, injetam dinheiro para o desenvolvimento de Estados, que de outra forma, não teriam como conseguir estes recursos.

Todavia, mesmo não conseguindo aprovação pela Comissão, é importante ressaltar que esse fracasso é relativo: as Normas foram cruciais para colocar estes temas na agenda global, suscitando maiores debates e questionamentos, sendo um passo de extrema importância na construção de consenso internacional acerca do tema.

Alguns anos depois, em 2005, o tema voltou a ser discutido nas Nações Unidas, uma vez nomeado como Representante Especial, para investigar pontos acerca de empresas e direitos humanos, o Prof. John Ruggie.

2.4 Relatório “marco Ruggie”

Segundo David Bilchitz, entre as muitas recomendações que o professor John Ruggie recebera para realização de seu mandato, havia dois eixos principais em torno dos quais sua pesquisa deveria se desenvolver. O primeiro seria a determinação de obrigações (bem como respectivo conteúdo) impostas a empresas para a realização efetiva dos direitos humanos; o segundo seria sobre o controle e mecanismos de persuasão para que tais responsabilidades fossem assumidas pelas empresas, bem como o papel do Estado nesse processo.

Em 2008, foi apresentado à comissão de direitos Humanos um dos mais importantes dos seus relatórios, conhecido também como o “marco Ruggie”, que pretende, como explicita

o próprio documento, construir um *framework* conceitual e político, comum a toda sociedade, um marco a partir do qual pensamento e ação se desenvolvam e evoluam (2008, p.4).

O passo dado pelo relatório de Ruggie se faz essencial, uma vez que os setores dominantes dos países desenvolvidos, formados, dentre outros atores, por empresas-sede, parecem ter o controle das pautas da agenda do comércio mundial, tendo os Estados nacionais reduzida participação. Com a participação de ONGs e instituições, alguma pressão foi adicionada à equação, sendo possível incluir itens como respeito ao meio ambiente e cláusulas sociais no âmbito da OMC, inspirando “medidas globais não inspiradas exclusivamente por interesses comerciais” (PEREIRA, 1999, p. 81).

O relatório expõe que a relação entre as empresas e direitos humanos acontece em *governance gaps*¹⁷, espaços criados pela globalização, que se apresentam entre o impacto de forças econômicas e a capacidade (por parte das sociedades) de lidar com as consequências destes, expondo, ainda, que esses espaços propiciam um ambiente demasiado permissivo às empresas (NAÇÕES UNIDAS, 2008 p.3). A partir disso, entende-se que um dos principais objetivos do mandato, e do relatório em questão, é diminuir tais espaços, preenchendo-os com regras normativas e princípios que se consolidem consensualmente na comunidade internacional, para que possam servir de base-padrão para empresas mundialmente, no tocante a direitos individuais. Para isso, o Representante Especial esteve em consultorias com 14 *multi-stakeholders* (líderes setoriais) dos cinco continentes, conduziu vários projetos de pesquisa produzindo inúmeros documentos relevantes para o tema, essências para o panorama traçado no relatório em questão (NAÇÕES UNIDAS 2008, p.3).

O Representante também explicita que não seria solução apta a resolver os problemas da relação de empresas e direitos humanos, a simples produção de uma lista de direitos pelos quais seriam responsáveis, com a extensão de algumas responsabilidades dos Estados para empresas (NAÇÕES UNIDAS 2008, p.4). Tal fato se justifica, não só pela indivisibilidade e unidade dos direitos humanos, mas também pelo fato de que empresas são potencialmente danosas a todo rol de direitos internacionalmente reconhecidos, de modo que uma lista limitadora, portanto, não seria suficientemente abrangente.

O relatório divide-se em três partes principais, a primeira sobre o dever do Estado de proteger direitos humanos contra abusos de terceiros; a segunda, quanto ao dever empresas de

¹⁷ A expressão deve ser entendida como “espaços vazios” da governança, que propiciam um ambiente permissivo. Os *governance gaps* são espaços carentes de normatividade, consensos em geral. Maiores explicações podem ser encontradas em: <<http://www.unhistory.org/briefing/15GlobalGov.pdf>>

respeitar tais direitos; e, por último, o acesso a recursos (*remedies*) quando sobrevierem conflitos ou abusos.

O dever de proteger direitos humanos do Estado possui dimensões legais e políticas, ou seja, prover recursos legais tanto para prevenir violações, quanto para puni-las. Para isso, ele deve promover políticas públicas condizentes com a proteção dos direitos da cidadania. Portanto, deverá proteger tais direitos não apenas contra abusos de empresas, mas contra violações de quaisquer terceiros. Tal dever deriva diretamente do direito internacional. O documento indica expressamente que regulação e adjudicação das atividades empresariais quanto aos direitos em questão são altamente desejáveis (2008, p.7).

Não há consenso, entretanto, sobre se também emana do direito internacional o dever do Estado sede da transnacional ajudar a prevenir abusos fora de seu território, uma vez que se pode esbarrar na soberania do Estado que a acolher: entende-se apenas que é assim preferível (NAÇÕES UNIDAS, 2008, p. 7). Ou seja, os Estados-sede podem, se assim tiverem respaldo legislativo e jurisdicional, interferir e limitar filiais, em prol da proteção de direitos individuais.

O relatório também critica o atual sistema dos BITs (*Bilateral Investment Treaties*), e explica que podem criar um ambiente de desequilíbrio:

Para atrair investimento estrangeiro, os países-hospedeiros oferecem proteção por meio de Tratados Bilaterais de Investimento e acordos governamentais. Prometem tratar os investidores de maneira justa, igualitária, sem discriminação, e não fazer mudanças unilaterais nas condições do investimento. Mas as proteções de investidores se expandiram com pouca preocupação com o dever do Estado de proteger, desequilibrando a balança entre estes. Consequentemente, estados hospedeiros podem encontrar dificuldades em fortalecer *standarts* internos, sociais e ambientais, incluindo *standarts* relacionados a direitos humanos, sem temer que o investidor estrangeiro o questione, o que acontece em arbitragem vinculativa internacional. (...) Durante a vida do investimento, mesmo mudanças regulatórias sociais e ambientais que se aplicam igualmente às companhias domésticas podem ser questionadas pelos investidores internacionais, requerendo exceção ou compensação. (NAÇÕES UNIDAS, 2008 p.11).

O Representante Especial coloca que processos arbitrais são vistos como disputas comerciais, nos quais o interesse público e direitos humanos possuem pouco espaço¹⁸. Outro ponto negativo é que tal mecanismo não possui a transparência requerida por questões que lidam com esses direitos (NAÇÕES UNIDAS, 2008, p. 11). É claro que é preciso pontuar que mecanismos como os BITs e a Arbitragem são enormes atrativos para investidores estrangeiros, uma vez que parecem propiciar neutralidade -já que proporcionam uma menor

¹⁸ Nesse sentido, um caso emblemático é o Caso Companhia de Aguas del Aconquija S.A. (CAA)/Vivendi Universal S.A v. República Argentina, decidido pelo Tribunal de Corte ICSID (Caso CIADI No. ARB/97/3)

interferência do Estado, visto como possível figurante do pólo opositor- e confidencialidade, que por vezes se faz essencial, quando se discute, por exemplo, propriedade intelectual. Silva Pinheiro expõe que nos conflitos desse gênero é preciso ser levado em conta (e em procedimentos arbitrais por vezes não se é) que:

A legitimidade dos acordos e contratos de investimento repousa na satisfação dos interesses dos que incorrem nas vantagens e riscos, tanto financeiros ou à saúde, consequência do empreendimento. Esses são os stakeholders acionistas, proprietários, empregados, indivíduos e comunidade impactada (2013, p.39).

Em verdade, o Estado parece fadado a procurar a linha limite entre as oportunidades econômicas a ele apresentadas e as exigências requeridas para preservação dos direitos de seus nacionais, preservando tanto o direito ao desenvolvimento, quanto a todos os outros direitos protegidos internacionalmente, visto sua indivisibilidade.

O segundo princípio do documento versa sobre a responsabilidade empresarial de respeitar. O documento explicita que este é “o comportamento básico que a sociedade espera” (2008, p. 5, tradução nossa), e que “a responsabilidade de respeitar é definida por expectativas sociais- como parte do que às vezes é chamado de licença social de uma companhia para operar” (2008, p. 17). Entende-se que tal responsabilidade de

(...) “não causar danos” não é meramente uma responsabilidade passiva para empresas, mas abrange medidas positivas- por exemplo, uma política anti-discriminatória no ambiente de trabalho pode requerer que uma companhia adote programas específicos de recrutamento e treinamento” (NAÇÕES UNIDAS, 2008, p.17. Tradução nossa).

Ainda, como o próprio documento explicita, tais medidas devem ser tomadas no escopo da empresa, uma vez que de nada adiantaria infringir direitos em sua localidade e realizar boas ações em outra. É importantíssimo ressaltar que o documento expressamente prevê que empresas possuam também, dentre seus deveres em relação a direitos da cidadania, obrigações positivas, mas sem quebrar definitivamente o mito da suficiência da abstenção. O exemplo dado por Ruggie, deixa certa ambiguidade sobre o caráter dessas obrigações positivas. Bilchitz sustenta que, pelo exemplo acima, as obrigações positivas parecem se reservar “a tarefa em grande medida *negativa* de evitar danos aos direitos fundamentais (...) em vez de exigir que as empresas assumam obrigações positivas para adotar ativamente medidas que visem à realização dos direitos humanos” (2010).

A mesma suspeita também se fortalece ao se constatar que o marco, ao definir obrigações empresariais, limita o vocabulário utilizado nas Normas (“promover, garantir o cumprimento, respeitar, garantir o respeito e proteger direitos humanos” (NAÇÕES UNIDAS,

2003)), ao definir apenas a responsabilidade de respeitar. Portanto, é possível entender uma sugestão, por parte do documento, de que as empresas têm o dever de abster-se, e para isso devem utilizar medidas positivas, mas não necessariamente possuem o dever de empregar medidas ativas fora deste âmbito, para contribuir com a realização da cidadania. É lamentável que um documento de tamanha importância deixe tal margem de interpretação, principalmente quando seu objetivo é suprir lacunas, estabelecer parâmetros objetivos.

O documento ressalta, a seguir, que a responsabilidade empresarial independe das responsabilidades estatais (ou do cumprimento destas), devendo existir independentemente da situação do ordenamento jurídico interno, uma vez que emana do direito internacional. A responsabilidade em questão se efetiva por meio de atitudes que tomam, segundo o relatório, a *devida diligência*¹⁹.

O relatório aponta também, expressamente, a necessidade da adoção, por parte de empresas, de uma política de direitos humanos, incluindo também preocupação, antes mesmos de suas atividades começarem, com o impacto potencial, proativamente. A localidade em que está inserida, assim como seu contexto, deve ser levada em consideração, para que os desafios diversos ali presentes -quanto a direitos humanos- possam ser transpostos. Em um relatório anterior (2006), numa compilação dos piores casos de violações, constatou-se que ocorriam em países com baixo PIB, em conflito ou recém-concluídos, ou cuja força jurisdicional era pouca (NAÇÕES UNIDAS, 2008, p. 6). No mesmo sentido, atesta-se:

Nos Estados em subdesenvolvimento, cuja capacidade de autodefesa ou de meio jurídicos e técnicos precisos para controlar eficazmente as multinacionais é muito escassa, podemos ver algumas características gerais de sua situação em A) A pequena participação do capital local, B) A carência de trabalhadores especializados, C) A necessidade de incentivar a intervenção de multinacionais e por conseguinte a concessão de vantagens econômicas e fiscais, e D) Traço generalizado, a submissão dos conflitos a jurisdição de um tribunal de arbitragem (VOITURIEZ, 1981 *apud* BEDIN, 2001, p. 107, tradução nossa)

Portanto, percebe-se que o contexto e a situação do local de uma empresa (sobretudo se transnacional) devem ser considerados, pois, se o país que a receber não gozar de certa maturidade, poderá dar partida a um processo de dependência internacional, atando economicamente países ao dinamismo transnacional numa relação predatória.

¹⁹ A *devida diligência* se dá pela atuação em conformidade com a lei, juntamente com gerenciamento preventivo do risco de causar dano a direitos humanos. As empresas, para alcançar esse conceito, também devem observar a Declaração Universal de Direitos Humanos e convenções internacionais.

O terceiro princípio do marco Ruggie se dá pela responsabilidade estatal de estabelecer e permitir acesso a mecanismos de sanção em caso de abusos. Vê-se de início que tal premissa se desdobra do primeiro princípio. O relatório admite que “a regulamentação estatal que coíbe certas condutas corporativas terá pouco impacto sem o acompanhamento de mecanismos de investigação, punição e reparação de abusos” (2008, p.22). O documento também possui o entendimento de que alguns países não possuem tais mecanismos justamente para atrair empresas, e assim competir internacionalmente por investimento, mas atesta que nenhum Governo deveria se omitir em questões de direitos humanos, não provendo diretrizes ou regulamentos para indústrias, por tal razão ou por qualquer outra (2008, p.8).

O documento se mostrou muito importante para a construção de consenso internacional. Entretanto, ele parece sujeito a muitas críticas. Uma das principais consolidase pelo tratamento dado às obrigações positivas - um tratamento ambíguo, que poderia significar que tais seriam necessárias apenas para manter a abstenção. Sobre o assunto, Bilchitz (2010) argumenta que decorre da personalidade jurídica empresarial independente - e seus benefícios- a obrigação de contribuir ativamente para realização de bens sociais, ressaltando ainda que a realização de direitos humanos não é simplesmente um bem social, mas sim, norma fundamental, base fundacional, de todo o ordenamento jurídico, interno e internacional. Ao determinar tais medidas, entretanto, é preciso levar em consideração também os objetivos econômicos das empresas, para que estes não sejam lesados²⁰. Bilchitz esclarece:

Os danos que os indivíduos podem sofrer não estão limitados àqueles em que seus direitos são violados ativamente pelas empresas; com efeito, a falta de acesso a alimentos, água, assistência à saúde e representação jurídica pode afetar seriamente a vida dos indivíduos. As empresas podem ter a capacidade de apoiar a realização desses direitos para um grande número de indivíduos (2010).

Outra grande crítica feita ao relatório relaciona-se ao fato de, numa tentativa de obter consenso, Ruggie ter feito concessões demasiadas, sendo seu relatório referido por algumas ONGs e autores como um marco minimalista, representando um retrocesso em relação às Normas (FEENEY, 2009, p.182).

²⁰ Estabelecer tal ponto, entretanto será sempre um desafio, geralmente, encarado pelo judiciário. Se, no âmbito estatal foram criados mecanismos defensivos, tais como a reserva do possível, possivelmente estes seriam transpostos ao âmbito empresarial. As decisões que possibilitariam a efetivação de tais direitos seriam, portanto, relegadas ao Juiz togado, condizendo com o direito do paradigma jusfundamental, o direito do caso concreto.

Ruggie, portanto, fez concessões demasiadas, consideradas inaceitáveis quando se está tratando de direitos humanos. Feeney aponta que o Representante “adotou uma estratégia aparentemente com vistas a agradar grupos empresariais, mas que, por outro lado, fez com que muitas ONGs deixassem de apoiá-lo” (2009, p.181).

O marco Ruggie, então, alcançou maior consenso entre atores internacionais de peso, todavia, pelos motivos expostos, representa, assim, um retrocesso da comunidade internacional. As demandas por parâmetros sobre empresas e direitos humanos ainda estão, pois, intensas como nunca.

Mesmo assim, é notável a importância do referido relatório para a construção de consenso internacional, sendo muito solícito em sua tentativa de alcançar grande aprovação no meio internacional.

2.5 Princípios Guia das Nações Unidas Acerca de Empresas e Direitos Humanos: Quadro sobre “Proteger, Respeitar e Remediar”

Em 2011, o Comitê de Direitos Humanos aprovou os “princípios-guia” pelo qual seria implantado o *framework* apresentado no marco Ruggie em 2008, no qual foram desenvolvidos os princípios de “Proteger, Respeitar e Remediar”.²¹

Este documento detalha os deveres de proteção estatais como sendo “prevenção, investigação e reparação” (ZANITELLI, 2011, p.40), através de “políticas públicas efetivas, legislação, regulações e adjucações” (NAÇÕES UNIDAS, 2011, p. 6). O Estado deve ainda deixar claro que possui expectativas de que empresas em seu território ou sob sua jurisdição respeitem direitos humanos, sugerindo regulação extraterritorial, tal como no marco de 2008. Tais expectativas devem se dar por meio de mensagens coerentes e consistentes, segundo o documento de 2011 (p.7). Como dever do Estado, o documento também elenca uma série de obrigações que consistem em guiar, prover informações e direcionamentos para empresas atuarem sem danificar direitos da cidadania (2001, p.8), seguindo, ainda, outros deveres em relação à condução de transações, acordos, etc.

Como responsabilidade de empresas, resta respeitar direitos humanos, evitando danos (NAÇÕES UNIDAS 2011, p.13). Sobre imposição de obrigações positivas ‘expõe: “Empresas podem empreender em compromissos ou atividades para apoiar e promover

²¹ O documento foi aprovado por meio da resolução 17/4, dia 06 de Julio de 2011, pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Tal resolução encontra-se, para maiores informações, disponível em: <<http://www.business-humanrights.org/media/documents/un-human-rights-council-resolution-re-human-rights-transnational-corps-eng-6-jul-2011.pdf>>

direitos humanos, podendo contribuir para o gozo de tais direitos. Todavia isso não compensa qualquer falha em respeitar direitos humanos em suas transações.” (NAÇÕES UNIDAS 2011 p.13). O documento segue reforçando os conceitos alcançados no relatório de 2008 quanto a aspectos sobre responsabilidade empresarial e apresenta novamente o conceito da “devida diligência”. Por fim, explicita o dever dos Estados de prover remédios acessíveis, por meios judiciais, administrativos ou outros. Os princípios aqui apresentados são uma derivação direta, articulada operacionalmente, do relatório apresentado à Comissão de Direitos Humanos da ONU em 2008, o referido “marco Ruggie”.

Esses princípios foram testados, antes de sua publicação, por mais de 10 empresas, uma vez que seu objetivo seria semelhante ao de um guia prático, como o próprio documento expõe, já que não possui a força vinculativa que, por exemplo, as Normas possuíam.

Mesmo Ruggie, parece entender as perdas e o minimalismo de sua proposta final, ao expor que:

A aprovação dos Princípios-guia, apenas, não trará um término aos desafios de empresas e direitos humanos. Mas marcará o fim de um começo: estabelece uma plataforma global de ação comum, na qual progresso cumulativo poderá se construir, passo-a-passo (...) (NAÇÕES UNIDAS, 2011 p. 5 tradução nossa).

3 Brasil: um panorama sobre responsabilização de empresas e imposições de obrigações positivas

3.1 O Brasil e mecanismos de responsabilização de empresas violadores de direitos humanos

Visto o caminho trilhado na construção de consenso internacional sobre a proteção de direitos humanos, e considerando as demandas da sociedade quanto à responsabilização por violações desses direitos, agora será preciso indicar, caso haja, a postura e posicionamento do Estado brasileiro.

Evidencia-se que no âmbito cível e administrativo é possível aferir a possibilidade de responsabilização das empresas por violações de direitos humanos; isso assumido, nos documentos produzidos pela ONG Conectas (como indicado alhures) e em outro relatório

produzido pela Comissão Internacional de Juristas²²- fica bem delimitada a situação brasileira e servirá de base para o aqui exposto. Já no âmbito penal, esta responsabilização só fica clara na esfera ambiental.

Sem embargo, o documento feito pela CIJ ressalta avanços no Brasil, não apenas legais, mas também referentes à atuação das autoridades, que têm empreendido inspeções regulares (CIJ, 2011, *item d*). É possível, também, que os administradores da empresa violadora sejam responsabilizados por crimes por ela cometidos com penas que incluem prisão, restrições de direitos, e multa - sendo estes dois aplicáveis também à pessoa jurídica (CIJ, 2011, p.2).

Na esfera cível, as sanções às empresas limitam-se a compensar os danos causados a outros; na esfera administrativa, podem-se emitir avisos, revogar licenças, ou ainda excluí-la de licitações, declarando-a imprópria para tais. Além disso, é importante ressaltar que a responsabilização também pode prover de leis especiais do ordenamento brasileiro, tais como leis ambientais, de proteção ao consumidor e trabalhistas. A lei ambiental, por exemplo, prevê, majoritariamente, responsabilização civil objetiva. Prevê, também, sanções criminais e administrativas. Violações de direitos do consumidor, igualmente, podem resultar em responsabilização criminal e administrativa. As leis de proteção ao consumidor estabelecem que, em casos cíveis, o ônus da prova é invertido. Sob a lei trabalhista, é possível também incorrer em responsabilidade criminal. (CIJ, 2011 p.3).

A responsabilização de empresas violadoras de direitos humanos, portanto, é viabilizada pela legislação nacional nesses âmbitos. Reconhecemos aqui, entretanto, que isto ocorre indiretamente- as sanções são administradas como fruto de transgressões cíveis (por exemplo), não como, de fato, efeito direito de violações de direitos humanos. Isso importa, pois este ramo possui regras processuais próprias, tal como a imprescritibilidade, irrenunciabilidade, dentre outras.

Nesse sentido, é possível reconhecer que certo controle pode ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu explicitamente a eficácia horizontal dos direitos fundamentais²³ nas ocasiões do Recurso Extraordinário nº 201.819-8²⁴ e o Recurso Extraordinário nº 407.688-8²⁵.

²²O relatório denomina-se *Access to Justice: Human Rights Abuses Involving Corporations- Brazil (Summary Executive)*,

²³ Incluindo-se aqui os direitos previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

²⁴A União Brasileira de Compositores (UBC) punira com a exclusão um associado, sem assegurar-lhe a prévia oportunidade de defesa.

²⁵ Relacionado à questão de impenhorabilidade do imóvel de família.

Além dos mecanismos internos a serem acionados quando uma violação de direitos humanos vier a ocorrer, não se pode desconsiderar que o Brasil também está submetido ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Ou seja, ao mesmo tempo em que uma empresa violadora está sujeita a responsabilização interna, o país está sujeito à responsabilização em nível internacional, podendo ser responsabilizado por violações de direitos humanos cometidas por empresas.

A corte interamericana, em um caso emblemático, do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku (Equador)²⁶, limitou-se a responsabilizar o Estado por danos causados à população indígena, estabelecendo reparações e recomendações, que incluem até mesmo neutralizar, desativar e retirar a substância explosiva, pentolite, deixada pela empresa privada que ali extraia petróleo (expondo em perigo a aldeia, além de danificar o meio ambiente). Recomendações diretas ou considerações para empresas não são feitas- podendo estas serem realizadas internamente pelo país onde a violação ocorreu.

O supracitado documento produzido pela CIJ se atém à análise dos recursos disponíveis no país, que podem ser utilizadas contra empresas para resguardar direitos humanos, tais como: Habeas Corpus, Habeas Data, mandado de segurança, ações populares, um razoável controle constitucional, ações civis públicas, ações civis e criminais, inquéritos civis e criminais, citando até mesmo as CPIs como possível mecanismo. (2011, p.3-4). Outro mecanismo interessante citado pelo documento é o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), que consiste em acordos assinados perante procuradores da República, que objetivam solucionar problemas que estão ocorrendo, ou compensar danos já causados²⁷.

Os TACs são mais rápidos que uma ação judiciária e, por isso mesmo, eficazes em proteger direitos coletivos. Os TACs foram utilizados eficazmente em inúmeros casos, tais como: o da empresa BRF, que forneceu leite contaminado com formol; da Companhia de desenvolvimento do Vale do São Francisco (Codevasf), que, por meio da construção de uma barragem, alagou área onde moravam 52 famílias; da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco, a fim de indenizar prejuízos causados pela sua construção a Comunidades indígenas; dentre muitos outros casos (MPF).

²⁶ O caso se refere à outorga por parte do Estado de uma permissão a uma empresa privada para realizar atividades de exploração e extração de petróleo no território do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku, sem consulta prévia destes. Para mais informações acerca, consultar a íntegra do caso em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

²⁷ Os TACs são formas alternativas à responsabilização judicial específica, integrando um esforço global e integral de ensinamento e ajustamento dos direitos humanos. São, também, instrumentos facilitadores da jurisdição interna, uma vez que em caso de descumprimento do termo, o Juiz tem o “poder-dever” de obrigar a parte a cumprir o acordado. (MPF)

Apesar de medidas administrativas estarem sujeitas a serem revertidas em juízo, o documento aponta que estas são realizadas por Ministérios e por Agências Regulatórias (2011, p.4), como o IBAMA, por exemplo, que aplica multas ambientais desse caráter. Expressamente, o documento coloca, ao final da exposição de um caso no qual esse tipo de sanção fora aplicado- em que uma empresa incineradora espalhou gases nocivos à saúde em uma área residencial- que “a falta de complacência com, ou a suspensão pelo judiciário das multas administrativas impostas, mostra as limitações dos recursos administrativos” (2011, p. 5, tradução nossa).

Ainda, mais alguns esforços em âmbito legislativo estão sendo feitos, como pode ser visto por meio da Lei 12.846²⁸, aprovada dia 01 de agosto de 2013, que estabelece a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas por atos de corrupção contra a administração pública- seja esta nacional ou estrangeira- e, por conseguinte, protege o patrimônio público. A Lei prevê aplicação de multa para essas empresas de até 60 milhões de reais, conforme o Art. 6º, § 4º - além do ressarcimento- e explicita que tais podem sofrer sanções judiciais, a suspensão de suas atividades, ou mesmo ser dissolvida, tal como versa o Art. 19.

O referido documento, em sua terceira parte, enumera 13 casos emblemáticos sobre violações de direitos humanos por corporações, expondo os recursos brasileiros utilizados para sanar os problemas e estabelecer ressarcimentos- alguns resolvidos com sucesso, e outros que encontraram obstáculos no acesso à Justiça.

Além das limitações das sanções administrativas, o documento, a partir desses casos, aponta problemas como desconhecimento da lei pela vítima, falta de representação legal (por motivos de hipossuficiência), alto custo e lentidão judiciária, extensa divergência jurisprudencial, falta de parâmetros para estabelecer danos morais, dificuldades em responsabilizar sucessores de companhias liquidadas. Identifica também como obstáculos a *corporate veil doctrine*, ou seja, a separação da personalidade jurídica da personalidade de seus *stakeholders*; hesitação em promover ações por alguns temas serem ainda inexplorados; grande poderio econômico e político de empresas violadoras; ausência de leis mais específicas, falta de precedentes; não cumprimento de TACs; imunidade de empresas sede; falta de regulação em geral, dentre outros (CIJ, 2011, p. 6-8)

²⁸ O texto da Lei, em sua íntegra, pode ser consultado em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>

Um dos casos trazidos pelo documento aconteceu no Rio de Janeiro, Bahia de Guanabara em 2000. A Petrobrás causou um vazamento de 1,3 milhões de galões de petróleo no local. As ações tomadas contra a empresa – de economia mista, vale lembrar- incluíram medidas de precaução, com multas diárias em caso de não cumprimento. Ações judiciais foram tomadas pelo Ministério Público e por uma organização de pescadores, pedindo compensação dos danos. Uma das dificuldades claras do caso, segundo o documento, teria sido a de quantificação dos danos causados a esses pescadores, a ausência de parâmetros para determinar compensação de natureza coletiva, assim como para avaliar danos ambientais (2011, p.7).

Um caso que parece ter sido bem-sucedido, sem maiores obstáculos, citado pelo documento, parece ser o ocorrido em 2000, quando autoridades descobriram um terreno que antes havia sido um aterro de resíduos, que ainda emitia gases tóxicos, no qual um projeto residencial explodira. Como resultado,

A Promotoria e duas organizações da sociedade civil entraram com ações civis contra o Município, a Companhia que antes detinha o terreno, as companhias de água e esgoto, a firma construtora do projeto, e o escritório de advocacia responsável por vender e supervisionar o projeto de construção. Os acusados foram sentenciados a restaurar o ambiente do terreno, a demolir os prédios do projeto, e pagar quantia equivalente ao total pago, adicionada de danos morais. (CIJ 2011, p. 5 tradução nossa).

Por fim, o documento apresenta uma pequena lista de recomendações, estando dentre elas: fortalecer a Defensoria Pública, apoiar ONGs litigantes, medidas que colaborem com a celeridade, criar mecanismos de monitoramento dos TACs, regular responsabilização de empresas-sede por atos de subsidiárias ou subcontratantes, elaboração de leis que expandam responsabilização de companhias em âmbito criminal, assim como apoiar iniciativas que previnam abusos e promovam respeito empresarial aos direitos humanos (2011, p. 8-9). É possível, entretanto, entender, mesmo por esta última recomendação, que o documento ocupa-se dos danos causados ativamente, por não-abstenção de violar. É preciso, portanto, entender como o Brasil vem tratando a possibilidade de imposição de obrigações positivas no escopo empresarial.

3.2 O Brasil e a possibilidade de imposição de obrigações positivas

O país parece estar, assim como a comunidade internacional, preocupado com a relação entre empresas e direitos humanos. Para manter um equilíbrio razoável, o Brasil empreende na implementação de obrigações positivas a serem cumpridas por parte de

empresas, por meios diversos, tais como tributação e legislação (que, por vezes, é objeto da pauta do Supremo Tribunal Federal).

Ruggie, em seu marco, não questiona a validade da imposição de obrigações positivas por meio de tributação, e a “maioria das sociedades não parece considerar ilegítimo que os Estados tributem as empresas com base em suas atividades para propósitos sociais mais amplos”, como aponta Bilchitz (2010), questionando, muito pertinentemente, em seguida, se não se pode considerar as

obrigações positivas das empresas para com a realização dos direitos fundamentais como uma forma de imposto sobre suas atividades que exigem certas contribuições ativas para realizar os direitos fundamentais tanto em dinheiro quanto em espécie (BILCHITZ, 2010).

Segundo o mesmo autor, a possibilidade de obrigações positivas decorreria da personalidade jurídica independente, da qual decorrem inúmeros benefícios e vantagens legais (2010). Entretanto, desta podem decorrer danos, e, no caso brasileiro, ela pode ser utilizada para obter vantagens para seus acionistas sem resultar em responsabilidade plena por seus possíveis atos. Bilchitz sugere que ações positivas, para promoção de direitos humanos, por parte de empresas, sejam como uma moeda de troca que compense as vantagens conferidas pelo mecanismo da personalidade jurídica separada, ressaltando, a todo momento, que não há justificações razoáveis para se atestar o oposto (2010). Parece razoável, uma vez que a concessão da personalidade juridicamente independente objetiva criar benefícios para a sociedade, que estes possam ser exigidos, mesmo que, para isso, seja preciso impor certas obrigações a empresas.

É claro, todavia, que estas teriam que respeitar os objetivos econômicos empresariais e, como o próprio autor expõe, “ainda há muito trabalho necessário para complementar o âmbito e o alcance das obrigações positivas que têm as corporações” (2010), sendo preciso um grande equilíbrio entre fatores para determinar o grau de obrigações positivas que se poderia impor a uma empresa.

É possível, também, encontrar possível respaldo para aplicação de tais obrigações na legislação brasileira. O novo Código Civil, em seu Art. 421, consagra a função social dos contratos, estabelecendo que esta limita e justifica a liberdade de contratar. Segundo Miguel Reale, a razão da inserção desta cláusula está na realização do Art, 5º, incisos XXII e XXIII, que versam sobre a função social da propriedade, entendendo que tal princípio somente se dará se estendido também aos contratos, “cuja conclusão e exercício não interessam somente às partes, mas a toda coletividade” (2003), garantindo a preponderância dos interesses

coletivos frente aos interesses individuais e, assim, sugerindo um caminho oposto ao individualismo predatório.

Apesar de ser possível, também, uma interpretação restritiva desse princípio -de maneira que este opere apenas como inibidor de atividades abusivas ou danosas à outra parte ou a terceiros- não há razão alguma para se sustentar que não se pode exigir que a função social seja ativamente realizada, utilizada para o alcance de bens sociais como o proposto por Bilchitz. Além disso, a interpretação restritiva não leva em consideração as características base e distintivas desse instituto, bem como não explora suas potencialidades, como a consecução de uma finalidade proveitosa ao interesse geral. Apesar de não deixar claríssima sua posição, Reale admite, consoando com tal raciocínio:

Como se vê, a atribuição de função social ao contrato não vem impedir que as pessoas naturais ou jurídicas livremente o concluam, tendo em vista a realização dos mais diversos valores. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento. (2003)

Os fins sociais buscados pelo princípio em questão encontram-se expressos, por sua vez, na Constituição Federal, contemplados nos fundamentos e objetivos da República, nos Art. 1º (incisos II, III, e IV) e 3º (inciso I). Ainda é interessante notar que o Art. 421 apresenta-se como cláusula aberta, e propicia ampla compreensão hermenêutica, proporcionando assim maior interferência do juiz na solução dos conflitos, como apontou Reale, na ocasião da sanção do novo código, em consonância com o momento paradigmático atual, que privilegia o direito no caso concreto.

Sob Capítulo I, que enumera os princípios gerais que devem reger a atividade econômica, pertencente ao título VII, *Da Ordem Econômica e Financeira*, da Constituição, é possível destacar o Art. 170 *caput*, que expressa que a finalidade da ordem econômica “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (CF, 1988), observando, ainda, princípios como a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente, e principalmente “a redução das desigualdades regionais e sociais” (inciso VII). Parece possível, portanto, que a imposição de obrigações positivas a empresas se dê com base nos princípios constitucionais aqui expostos.

A Constituição Federal estabelece um mecanismo interessante, em seu Art. 212, §§5º e 6º, o salário-educação, que consiste em uma contribuição social recolhida pelas empresas para programas, projetos e ações voltados para o financiamento da educação básica pública. O §6º versa que as cotas estaduais e municipais serão distribuídas proporcionalmente ao número

de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes. O mecanismo foi dado como válido e eficaz pelo Supremo Tribunal Federal, numa ação declaratória de constitucionalidade (nº. 3-0), o que resultou na súmula nº 732 do STF, que, ainda, estabelece que seus efeitos retroagem até a carta de 1969.

A contribuição é regulamentada pelas leis nº 9.424/1996, 9.766/1998, Decreto nº 6.003/2006 e Lei 11,457/2007 e “calculada com base na alíquota de 2,5% sobre o valor total das remunerações pagas ou creditadas pelas empresas, a qualquer título, aos segurados empregados” sendo contribuintes as “empresas em geral, entidades públicas e privadas vinculadas ao Regime Geral da Previdência Social, entendendo-se como tal, qualquer firma individual, ou sociedade que assuma o risco de atividade econômica”, possuindo fins lucrativos ou não, sendo sujeitas até mesmo empresas públicas e sociedades mistas, segundo o portal do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE (2012). É arrecado, fiscalizado e cobrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Outra medida, que parece querer suprir caráter semelhante ao de uma obrigação positiva realizada por empresas, é a tentativa de conversão dos royalties do pré-sal em recursos para a educação e saúde. O projeto, aprovado pelo Senado, no dia 02/07/2013, que ainda deve ser votado na Câmara dos Deputados e sancionado pela Presidente, dispõe que a distribuição dos recursos dos royalties e a participação especial da produção de petróleo irá garantir para a educação, ao menos, R\$ 2 bilhões por ano a partir de 2014, dos recursos que cabem à União na arrecadação. Além desse montante diretamente direcionado ao setor, outros R\$2 bilhões serão aplicados no Fundo Social, cujo rendimento seria utilizado nas proporções de 75% para educação e 25% para a saúde.

Apesar de muitos considerarem o projeto de lei aprovado pelo Senado como essencialmente populista e pouco eficiente, uma vez que os parlamentares fizeram grandes cortes (o repasse, com o novo texto, cai 53,43%). O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada- Ipea- apresenta outras possibilidades para suprir os recursos cortados, como a ampliação de impostos e criação de contribuições voltadas para o setor da educação, tal como o salário-educação.²⁹

²⁹ Notícias recentes sobre o assunto podem ser encontradas em:

<<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/07/02/aprovada-destinacao-de-royalties-do-petroleo-para-educacao-e-saude>> e <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,senado-corta-53-dos-royalties-que-iam-para-educacao,1050463,0.htm>>

Mesmo que por outros meios além da tributação, é possível notar movimentação quanto à imposição de deveres positivos, por parte do particular empresário, por iniciativas do Poder Legislativo. Uma medida positiva interessante é estabelecida pela Lei 8.899 de 1994, que obriga as empresas de transporte coletivo interestadual a conceder passe livre às pessoas portadoras de deficiência. A ABRATI- Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros- ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI³⁰ nº 2649), mas foi julgada improcedente.

A ABRATI sustentava que a lei não indicava fonte de custeio da despesa, deixando-a a cargo da empresa de transporte, violando assim princípios da ordem econômica, a livre iniciativa e o direito a propriedade. Em contraposição, levou-se em conta que a ordem econômica tem a finalidade de assegurar a todos existência digna, e que tal lei seria um instrumento de realização de justiça social (citada no texto constitucional). Apesar de, ao longo do julgamento, considerarem o fato de que tais serviços de transporte funcionavam sob concessão pública, acredita-se que esta seja uma importante decisão para a construção de consenso e equilíbrio da relação entre empresas, seus deveres, e direitos humanos, além de zelar sobre os princípios do Art. 1º e 3º da Constituição Federal.

A ADI 3225³¹, julgada improcedente por maioria de votos também se mostra relevante. A requerente- governadora do Estado do Rio de Janeiro- postulava a inconstitucionalidade de norma constitucional estadual (Art.112, que versa que não será objeto de deliberação proposta que vise conceder gratuidade em serviço público prestada de forma indireta, sem indicação de fonte de custeio). Alegava para isso que esta feria princípio federativo e autonomia dos poderes, assim como o princípio da dignidade, ao dificultar implantação de políticas públicas. O STF entendeu que, assim, se mantinha o “equilíbrio na equação econômico-financeira informadora dos contratos administrativos (...) a própria viabilidade e continuidade dos serviços públicos e das gratuidades concedidas” (voto do Rel. Min. Cezar Peluso, 2007).

Ainda, outra ADI, nº 1.950³², encontra as questões aqui suscitadas. A requerente Confederação Nacional Do Comércio (CNC) questiona a constitucionalidade da meia-entrada do estudante em casas de cultura, desporto e lazer, de São Paulo. É preciso lembrar, que o

³⁰ A íntegra da ADI 2649 pode ser encontrada no seguinte *link*:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>>

³¹ A ADI 3225 pode ser lida na íntegra em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491808>>

³² A ADI 1950 pode ser encontrada na íntegra no link:

<http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/188_ADI%201950.pdf>

Estado nada proporciona, quem o faz é inteiramente o particular, empresário. A ADI foi julgada improcedente, com base nas seguintes premissas:

No caso, se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Ora, na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. A superação da oposição entre os desígnios de lucro e de acumulação de riqueza da empresa e o direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, como meio de complementar a formação dos estudantes, não apresenta maiores dificuldades. (ADI 1.950, Sr. Rel. Min. Eros Grau- grifo nosso.)

Ainda, o Ministro Eros Grau ressalta que a Constituição enuncia diretrizes, fins, postulando um “plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170” (ADI1950, 2005). Entende, também, que a livre iniciativa possui papel primordial na Carta de 88, mas que “essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais” (ADI 1.950, 2005). O princípio, segundo o Ministro, não apenas expressa a liberdade empresarial, como cogita a “iniciativa do Estado” sem a privilegiar como exclusiva à empresa.

São nestas direções que os posicionamentos e medidas vêm sendo tomadas no Brasil, mostrando que as pautas de definições dos deveres inerentes às empresas em voga no contexto internacional também o estão no país, representando importante tema. O Brasil, entretanto, parece avançar cautelosamente, como visto, ora com iniciativas ousadas – entretanto com grande risco de serem barradas no Congresso- ora com tímidas demonstrações de preocupação com regular o equilíbrio entre atividades empresarias e direitos da cidadania, que se expressam, por vezes, em decisões judiciais.

CONCLUSÃO

Como se pode observar por meio dos documentos e argumentos expostos, infelizmente, ainda encontra-se distante a obtenção de um grande consenso que beneficie, de fato, tanto as empresas, quanto a realização dos direitos humanos em sua plenitude.

Como visto por meio dos documentos apresentados, na comunidade internacional, ONGs e instituições da sociedade civil coordenam as demandas pela definição de obrigações mais amplas e até mesmo positivas para empresas, assim como também se mostram de grande

importância para fiscalização da atuação destas, atentando para eventuais violações, auxiliando assim não apenas na construção de consenso internacional acerca do tema, como também na própria responsabilização (ou, ao menos, conscientizam sobre a importância de se implantar mecanismos de sanção e reparação).

Mesmo com voz ativa desses atores, instituições econômicas, empresas e outros órgãos, têm se mostrado de peso na estruturação dos requerimentos de conduta empresarial, resultando que os avanços para preencher o *governance gap* presente no tema foram demasiadamente minimalistas, obtendo grandes críticas de defensores de direitos humanos. Conforme analisado no desenvolvimento desta exposição, o marco Ruggie que resultou nos princípios-guia, fez grandes concessões, além de ser um documento desprovido de normatividade.

Foi verificado que, não obstante a ausência de consensos globais, nota-se a construção deles, ainda que paulatinamente e de modo pouco linear. Mesmo assim, o contexto internacional, portanto, no presente momento, continua com carências que remontam ao início do diálogo. Todavia, foi alcançado consenso acerca da ideia de que, apesar do Estado ser primariamente responsável pela realização dos direitos humanos, empresas privadas e transnacionais também o são, necessitando observar os preceitos já estabelecidos internacionalmente sobre esses direitos, como a Declaração Universal de Direitos Humanos.

É preciso, também, entender que, ao mesmo tempo em que empresas podem vir a representar uma ameaça aos direitos em questão, elas são um grande agente transformador, não apenas de estruturas econômica, podendo ser precursores de grandes mudanças sociais e políticas positivas. Garantem, assim, o direito ao desenvolvimento de muitas localidades. O equilíbrio da relação entre empresas e direitos humanos há de ser mediado com muita cautela, de modo a não causar dano a nenhum dos polos figurantes, por uma regulamentação estatal consciente de todas as nuances envolvidas.

Os esforços feitos internacionalmente parecem se refletir no Brasil. As demandas internas parecem seguir diretrizes semelhantes, e o país tem tentado responder a altura por diversos meios, nos quais se incluem decisões do poder judiciário, que reconhecem a horizontalidade dos direitos humanos. Também por novas normas internas, que implicam em mais responsabilidade para empresas e obrigações positivas para promoção desses direitos, dentre outros mecanismos presentes no ordenamento jurídico brasileiro, como os Termos de Ajustamento de Conduta- mecanismo eficaz e especializado em proteção de direitos humanos.

É preciso apontar, entretanto, que, assim como no contexto internacional, o caminho a ser trilhado para uma efetiva proteção e promoção dos direitos humanos pelo Brasil é longo,

uma vez que os esforços no âmbito das obrigações positivas são ainda cautelosos. E, no que tange à responsabilização por abusos, geralmente esta recai sobre a legislação interna cível, ou trabalhista, ambiental dentre outras especializadas. Há, lamentavelmente, poucos recursos diretamente sob o manto dos direitos humanos.

Além disso, é preciso ressaltar o fato de que o Brasil é um país em desenvolvimento – e que as empresas possuem um papel significativo para promovê-lo. É necessário atentar para a razoabilidade em relação aos contratos firmados e aos mecanismos a serem utilizados caso haja conflitos. Defende-se aqui, por exemplo, que a arbitragem, como supracitado, preferida pelos investidores, para maior imparcialidade, seja mista, e não puramente privada.

Conclui-se, portanto, que as verdadeiras preocupações dos defensores de direitos humanos ainda permanecem. Tanto no Brasil, quanto internacionalmente, o debate e a construção de consenso, de parâmetros normativos, faz-se imprescindível, não apenas no ramo de responsabilização por violações, mas também no âmbito de imposições de obrigações positivas, uma vez que as empresas têm o poder-dever, considerando a sua função social, de não apenas respeitar, mas promover direitos humanos, visando o equilíbrio da comunidade em que se instala, muito além do lucro puro e simples.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, JOSE. *The Evolving International Investment Regime: an introduction and an overview*. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. São Paulo, 25 de Agosto de 2012.

BAHIA. Ministério Público Federal. *Termos de Ajustamento de Conduta*. Disponível em: <<http://www.prba.mpf.mp.br/paraocidadao/pecas-juridicas/termos-de-ajustamento-de-conduta>> Acesso em: 03 jul.2013

BEDIN, Gilmar Antônio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidaria*. 1ªed. Ijuí: Editora da UNIJUÍ, 2001.

BILCHITZ, David. *O Marco Ruggie: Uma Proposta Adequada para as Obrigações de Direitos Humanos das Empresas?* Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo12.php?artigo=12,artigo_10.htm> Acesso em: 12 mar. 2013.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e prática da monografia para os cursos de Direito*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Ministério da Educação, Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Entendo o salário-educação. Disponível em: <<http://www.fnde.gov.br/financiamento/salario-educacao/salario-educacao-entendendo-o>> Acesso em 03 jul. 2013.

CALIARI, Aldo. *Comércio, investimento, financiamento e direitos humanos: avaliação e estratégia*. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo_07.htm> Acesso em: 25 fev. 2013

COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Access to Justice: Human Rights Abuses Involving Corporations- Brazil (executive summary)*. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/Brasil%20ExecSumm-ElecDist\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/Brasil%20ExecSumm-ElecDist(1).pdf)> Acesso em 04 jul. 2013.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS; ÁGERE; INSTITUTO MAIS DEMOCRACIA; JUSTIÇA GLOBAL; PLATAFORMA BNDS. *Brazilian obligations to address human rights violations perpetrated by companies*. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/SubmissionUPRBrazil_BusinessandHR_Conectasanpartners.pdf> Acesso em: 25 mai. 2013

FEENEY, Patricia. *A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy*. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/eng/conteudos/pdf/11/08.pdf>> Acesso em: 12 jun. 2013.

FEDERAÇÃO INTERNACIONAL DOD DIREITOS HUMANOS; JUSTIÇA GLOBAL; JUSTIÇA NOS TRILHOS. *Brasil Quanto valem os Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://global.org.br/wp-content/uploads/2011/05/rapport-bresil-port-LD.pdf>> Acesso em: 02 jul.2013.

FÓRUM DA SOCIEDADE CIVIL. *Civil Society Forum Declaration to UNCTAD XI*. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/td407_en.pdf>. Acesso em 20 abr. 2013.

NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*. Disponível em: <<http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/ruggie-guiding-principles-21-mar-2011.pdf>> Acesso em: 20 mar. 2013

_____. Conselho Econômico e Social, Sub-Comissão para Promoção e Proteção de Direitos Humanos. *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*. Disponível em: <[http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En)> Acesso em 15 mar. 2013

_____. Conselho de Direitos Humanos. *Protect, Respect, and Remedy: A Framework for Business and Human Rights*. Disponível em: <<http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>> Acesso em: 10 mai. 2013.

PEREIRA, Lia Valls. *Desenho de uma nova ordem de comércio global: definido por nações ou empresas*. In: HOFMEISTER, Wilhelm. *Governança Global: Reorganização da política em todos os níveis de ação*. Centro de Estudos Konrad-Adenaur-Stiftung. No. 16, 1999. p. 71-81

PINHEIRO, Silva. *Investimentos e Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/16_1_pinheiro.pdf> Acesso em: 02 jul. 2013

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. *Função Social do Contrato*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>> Acesso em 03 jul. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos fundamentais: uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF*. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/a-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais-na-jurisprudencia-do-STF-e-no-direito-comparado.pdf>> Acesso em: 28 mai. 2013

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ªed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011.

UBILLOS, José María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, cap.12.

VALADÉS, Diego. *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5209/rev_ANDH.2011.v12.38112>. Acesso em 10 mai. 2013.

ZANITELLI, Leandro Martins. *Corporações e Direitos Humanos: O Debate entre Voluntaristas e Obrigacionistas e o Efeito Solapador das Sanções*. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo15.php?artigo=15,artigo_02.htm> Acesso em 24 jun.2013.