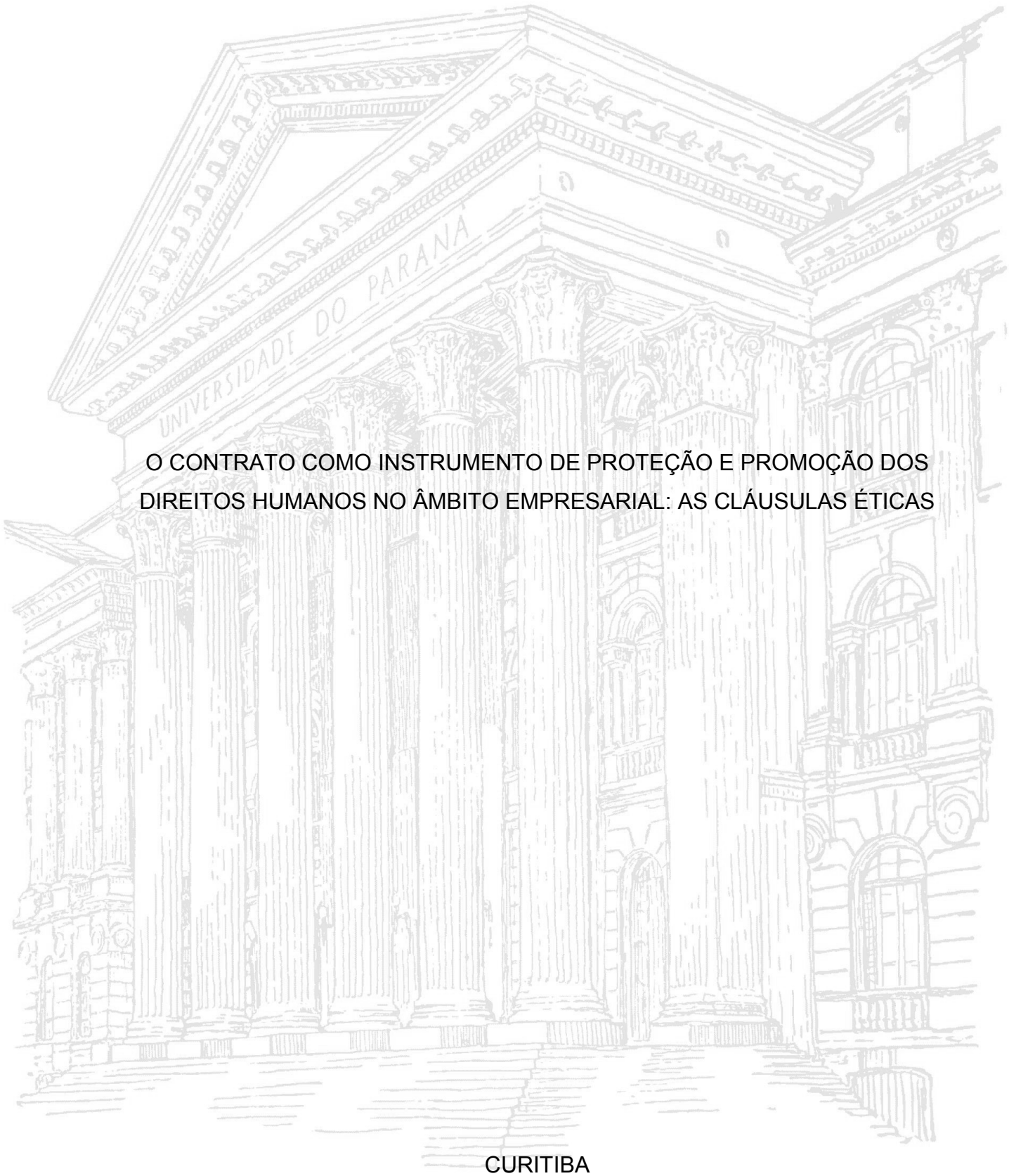
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARIANA BARSAGLIA PIMENTEL



O CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO EMPRESARIAL: AS CLÁUSULAS ÉTICAS

CURITIBA

2018

MARIANA BARSAGLIA PIMENTEL

O CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO EMPRESARIAL: AS CLÁUSULAS ÉTICAS

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, no curso de Mestrado em Direito, Programa de Pós-graduação do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin;
Co-orientadora: Prof.ª Drª. Melina Girardi Fachin.

CURITIBA

2018

P644c

Pimentel, Mariana Barsaglia

O contrato como instrumento de proteção e promoção dos direitos humanos no âmbito empresarial: as cláusulas éticas / Mariana Barsaglia Pimentel; orientador: Paulo Roberto Ribeiro Nalin; coorientadora: Melina Girardi Fachin. – Curitiba, 2018.

167 p.

Bibliografia: p. 153-167.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2018.

1. Contratos. 2. Direitos humanos. 3. Direitos fundamentais.

Catalogação na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIANA BARSAGLIA PIMENTEL

O CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO EMPRESARIAL: AS CLÁUSULAS ÉTICAS

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, no curso de Mestrado em Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin
Orientador – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

Prof.ª Dr.ª Melina Girardi Fachin
Co-orientadora – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk
Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

Prof.ª Dr.ª Danielle Anne Pamplona
Programa da Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Curitiba.

Curitiba, 21 de março de 2018.

Dedico este escrito ao Lucas, luz da minha vida, protagonista dos meus sonhos, companheiro que me fez conhecer o amor puro e verdadeiro. A você, todo o meu amor, hoje e sempre.

AGRADECIMENTOS

Agradecer parece ser pouco frente a tudo que recebi. Contudo, não poderia deixar de expressar minha eterna gratidão a quem me acompanhou nessa jornada, auxiliando-me das mais diversas maneiras – do acalento nos momentos difíceis aos infinitos materiais emprestados.

Agradeço, em primeiro lugar, ao meu orientador Professor Doutor Paulo Nalin pela orientação não só neste trabalho, mas em todo percurso que me fez chegar até aqui. Daquela longínqua conversa no ano de 2014 até hoje, colhi alguns frutos, os quais devo integralmente ao seu auxílio.

À minha co-orientadora Professora Doutora Melina Girardi Fachin, porque a considero exemplo de mulher, profissional e professora. Agradeço pela acolhida em todos os momentos que precisei, pelos incontáveis acessos à biblioteca do escritório e pela co-orientação imprescindível para o desenvolvimento deste trabalho.

A todos os Professores e Professoras que tive ao longo do Mestrado, por todas as novas perspectivas que me foram colocadas, pelos incentivos para a produção científica e por todo o conhecimento proporcionado.

À secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito, especialmente à Vanessa e ao Eduardo, por todo o suporte disponibilizado nestes últimos anos. Aos funcionários da biblioteca, sempre muito atenciosos e prestativos.

Agradeço, também, ao *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law* em Hamburgo, Alemanha, pelo gentil acesso à biblioteca. Sem as referências bibliográficas lá colhidas, certamente este trabalho restaria imensamente prejudicado.

Agradeço aos meus pais, José Ricardo e Teresa Cristina, por serem os maiores incentivadores (e torcedores) que alguém poderia ter. Por mais difíceis que tenham sido alguns caminhos que trilhamos, permanecemos unidos como *uma só família*, da qual tenho muito orgulho de fazer parte. Obrigada por todo amor incondicional dispensado ao longo da minha vida.

À minha irmã Carolina, sempre tão presente em minha vida, tão essencial, tão amiga, tão exemplo de mulher empoderada. Se eu pudesse escolher, te escolheria mil vezes.

Ao meu companheiro de vida e de caminhada, Lucas. Por todo o apoio nesse trilhar, desde a preparação no processo seletivo até o ponto final desta Dissertação.

Seu amor, seu incentivo e sua companhia foram essenciais. Obrigada por ser, também, minha família.

Aos meus amigos e amigas, os/as quais caminham ao meu lado, de longe ou de perto, há muitos ou há poucos anos, e que trazem luz, sentido e imensas alegrias à minha vida: Amanda, Nicolly, Paula, Nathália, Juliana, Bianca, Gabriela, Maria Carolina, Bruno, Mauro, Raul, Isabela, Matheus C. e Igor (Fan).

Aos amigos que adquiri neste último biênio de Mestrado: Bruna, Elisa, Raul, Francielle, Thais, Maíne, Ana Brolo, Amanda, Carolina, Érica e, em especial, à Jacqueline, que não só me acompanhou na viagem a Hamburgo, mas se tornou indispensável no meu dia-a-dia.

Aos colegas de escritório: Miguel, Rafael, Renata, Nida, Anelise, Mariana T., Luiza, Cindy e Jonathan, pela amizade, trocas de experiência e, principalmente, pelo apoio incondicional nestes dois anos de Mestrado.

Esse é tempo de divisas,
tempo de gente cortada.
De mãos viajando sem braços,
obscenos gestos avulsos.
Mudou-se a rua da infância.
E o vestido vermelho
vermelho
cobre a nudez do amor,
ao relento, no vale.
Símbolos obscuros se multiplicam.
Guerra, verdade, flores?
Dos laboratórios platônicos mobilizados
vem um sopro que cresta as faces
e dissipa, na praia, as palavras.
A escuridão estende-se mas não elimina
o sucedâneo da estrela nas mãos.
Certas partes de nós como brilham! São unhas,
anéis, pérolas, cigarros, lanternas,
são partes mais íntimas,
e pulsação, o ofego,
e o ar da noite é o estritamente necessário
para continuar, e continuamos.

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

Partindo do aporte teórico que lança as luzes ao reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre entes particulares, a presente dissertação analisa as mudanças de paradigmas que vêm ocorrendo no âmbito empresarial, tendo em vista a crescente tendência mundial no sentido de aproximar as questões éticas e as relações negociais. Em decorrência, principalmente, dos efeitos negativos da globalização econômica – ocasionados, em grande medida, pelas empresas –, as empresas em geral, especialmente as transnacionais, passaram a se preocupar, entre outros aspectos éticos, com a proteção e a promoção dos direitos humanos em suas relações e operações internas e externas, adotando e exigindo condutas eticamente aceitáveis, tanto de seus empregados e colaboradores, como de seus parceiros contratuais. Tal conjectura tem levado à incorporação dos padrões éticos nos contratos propriamente ditos, a partir da inserção das denominadas cláusulas éticas. A proposta, portanto, é averiguar como as mudanças ocasionadas pela globalização econômica aproximaram a atividade empresarial dos direitos relacionados à dignidade humana, e se a incorporação de *standards* éticos nos contratos é, de fato, uma ferramenta para a efetivação dos direitos humanos nas relações empresariais.

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos; ética; contratos.

ABSTRACT

Based on the theoretical contribution that throws light on the recognition of the effectiveness of fundamental rights in the relations between private entities, this dissertation analyzes the changes of paradigms that have been taking place in the business sphere, regarding the growing world tendency that approached the ethical issues and the business relations. As a result of the negative effects of economic globalization - caused mainly by the corporations -, business societies in general, especially transnational corporations, began to worry about protecting and promoting human rights in their relationships, and in their internal and external operations, adopting and requiring ethically acceptable behavior, of its employees, as well as of its contractual partners. Such a conjecture has led to the incorporation of ethical standards into the contracts themselves, through the insertion of so-called ethical clauses. The proposal, therefore, is to investigate how the changes brought by economic globalization have brought business activity closer to rights related to human dignity, and if the incorporation of ethical standards into contracts is, in fact, a tool for the realization of human rights in business relations.

KEY-WORDS: human rights; ethics; contracts.

LISTA DE SIGLAS

ADI	–	Ação Direta de Inconstitucionalidade.
ADPF	–	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.
BGB	–	*Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão).
CISG	–	*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias).
FMI	–	Fundo Monetário Internacional.
MPT	–	Ministério Público do Trabalho.
OCDE	–	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico.
ONG	–	Organização Não Governamental.
ONU	–	Organização das Nações Unidas.
PIB	–	Produto Interno Bruto.
RSC	–	Responsabilidade Social Corporativa.
STF	–	Supremo Tribunal Federal.
UNGC	–	*United Nations Global Compact* (Pacto Global das Nações Unidas).
UNIDROIT	–	Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 14

CAPÍTULO I. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES 20

1.1. OS ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES .21

1.2. EXPOSIÇÃO DA CRÍTICA E DAS RAZÕES EM PROL DE UMA *VINCULATIVIDADE* DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICO-PRIVADAS 27

1.3. OS MODOS DE VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PROBLEMA DO "COMO" 37

1.3.1. Teoria da eficácia direta (imediata)..... 38

1.3.2. Teoria da eficácia indireta (mediata)..... 41

1.3.3. Teoria dos deveres de proteção 44

1.3.4. Teoria da convergência estatista 46

1.3.5. Um novo caminho para a problemática: aceitação de modos plurais de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares 47

1.4. A APLICAÇÃO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES NO ÂMBITO JURISPRUDENCIAL ALEMÃO, NORTE-AMERICANO E BRASILEIRO..... 49

1.4.1. A jurisprudência alemã 50

1.4.2. A jurisprudência norte-americana 53

1.4.3. A jurisprudência brasileira 54

CAPÍTULO II. OS DIREITOS HUMANOS E AS EMPRESAS: UMA POSSÍVEL RELAÇÃO..... 60

2.1. A GLOBALIZAÇÃO, A NOVA ORDEM GLOBAL E A RELAÇÃO ENTRE AS EMPRESAS E OS DIREITOS HUMANOS 61

2.2. "EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS": A ABORDAGEM FEITA PELOS ORGANISMOS INTERNACIONAIS..... 73

2.3. OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS 85

2.4. A RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA: AS INICIATIVAS DAS EMPRESAS..... 92

CAPÍTULO III. A INCORPORAÇÃO DA LINGUAGEM DOS DIREITOS HUMANOS NOS CONTRATOS: AS CLÁUSULAS ÉTICAS 101
3.1. O CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE EMANCIPAÇÃO DA PESSOA HUMANA 102
3.2. AS "CLÁUSULAS ÉTICAS": A UTILIZAÇÃO DOS CONTRATOS COMO MEIO DE PROTEGER E PROMOVER OS DIREITOS HUMANOS 109
3.2.1. "Cláusulas éticas": conceito e linhas gerais 113
3.2.2. Os modos de incorporação das cláusulas éticas nos instrumentos contratuais 124
3.3. A REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS CLÁUSULAS ÉTICAS 128
3.3.1. As cláusulas éticas e a CISG 129
3.3.2. As cláusulas éticas e o ordenamento jurídico brasileiro 138
3.4. UM OLHAR PANORÂMICO SOBRE O TEMA: OS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DAS CLÁUSULAS ÉTICAS E A QUESTÃO CULTURAL 143
CONSIDERAÇÕES FINAIS 151
REFERÊNCIAS 154

INTRODUÇÃO

No mistério do sem-fim
Equilibra-se um planeta
E, no jardim, um canteiro
No canteiro, uma violeta
E, sobre ela, o dia inteiro
A asa de uma borboleta

Cecília Meireles

Falar em violações aos direitos humanos nos dias de hoje é, de modo intuitivo, ir muito além daquela visão que coloca o Estado como o único e último protetor e violador destes direitos. Quando pensamos nas violações aos direitos humanos que envolvem, por exemplo, a utilização de mão de obra em condições análogas à escravidão, a discriminação sistemática de minorias no mercado de trabalho; os grandes desastres ambientais; a desocupação forçada de comunidades de seus locais de convívio em detrimento da implantação de fábricas ou indústrias; somos automaticamente levados a pensar nos abusos cometidos por entes privados, principalmente pelas empresas no desenvolvimento de suas atividades comerciais.

No Brasil, o caso que talvez melhor represente o cenário de violações aos direitos humanos por empresas seja o rompimento da barragem das empresas mineradoras Samarco, em *joint-venture* com a Vale e a BHP Billiton, ocorrido no ano de 2015, que causou o maior desastre socioambiental da história do país, afetando mais de 3 milhões de pessoas.

O quadro, como se bem sabe, não se limita a este episódio: quase que diariamente somos informados pela mídia acerca de violações perpetradas por grandes empresas. Em dezembro de 2017, por exemplo, foi publicado por diversos meios de comunicação que a marca Animale utilizava em sua linha de produção imigrantes bolivianos que recebiam, em média, R$ 5 para costurar peças de roupa vendidas por até R$ 698 em lojas da marca.[1] Em setembro de 2017, foi divulgado que o Ministério Público participou do resgate de 20 (vinte) pessoas em situação análoga à de escravo, em Vargem Grande no Maranhão, as quais atuavam na extração da

[1] Notícia disponível em: LOCATELLI, Piero. Trabalho escravo na Animale: R$ 698 na loja, R$5 para o costureiro. **Repórter Brasil**, 19 dez. 2017. Disponível: <http://reporterbrasil.org.br/2017/12/trabalho-escravo-na-animale-r-698-na-loja-r5-para-o-costureiro/>; Acesso em: 06 jan. 2018.

cera de carnaúba – matéria prima esta produzida a partir da palha seca e usada na produção de chips, cabos e outros componentes de celulares e computadores.[2]

Este cenário de abusos cometidos pelas empresas em detrimento dos direitos humanos, que vem se perpetuando há décadas, não passou desapercebido pela sociedade civil e pelos organismos internacionais de proteção e promoção dos direitos relacionados à dignidade da pessoa humana, que passaram a reivindicar a adoção de um atuar pautado na ética pelas empresas e a buscar medidas para evitar e punir o abuso e as violações cometidas pelas empresas. Com efeito, o envolvimento de diversos atores no processo de desenvolvimento demandou o "repensar das responsabilidades internacionais e a necessidade de reinvenção do marco protetivo internacional que não pode subsumir-se apenas ao papel do Estado".[3]

Em outro giro, frente às crescentes campanhas e processos de ativistas e organismos internacionais e, ainda, à publicidade negativa que a violação aos direitos humanos desencadeava, as próprias empresas (principalmente as transnacionais) perceberam a necessidade de assumir responsabilidades pelos direitos humanos, estabelecendo iniciativas, sob a nomenclatura da Responsabilidade Social Corporativa, para atender a normas e princípios éticos, visando mitigar ou prevenir os prejuízos por elas causados.

A adoção destas medidas pelas empresas para o atendimento a valores éticos restou reproduzida, também, nas relações contratuais travadas no âmbito empresarial, passando os contratos celebrados pelas empresas a contar com "cláusulas éticas" que visam, entre outros aspectos, a proteção e a promoção dos direitos humanos nas relações empresariais.

Tais cláusulas acabam por refletir a concepção contemporânea de que o "instituto contrato" deve servir como instrumento para a consagração da pessoa humana, o que, no contexto das disposições contratuais em questão, ocorre a partir da incorporação de diretivas excepcionais do ponto de vista do mercado – eis que guardam relação com os direitos humanos e com as políticas de emancipação social.

---

[2] Notícia disponível em: MPT resgata 20 pessoas em condição análoga a de escravo no Maranhão. **Justificando**, 18 set. 2017. Disponível em: <http://justificando.com/2017/09/18/mpt-resgata-20-pessoas-em-condicao-analoga-de-escravo-no-maranhao/>; Acesso em: 06 jan. 2018.

[3] FACHIN, Melina Girardi. A nova ordem pública internacional: direitos humanos, diálogos e solidariedade. In: GOMES, Eduardo Biacchi; LEAL, Mônica Clarissa Henning; PAMPLONA, Danielle Anne (coords.); FACHIN, Melina Girardi; ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio (orgs.). **Direitos Humanos sob a perspectiva global:** estudos em homenagem à Flávia Piovesan. Curitiba: Instituto Memória, 2017, p. 111.

Em última análise, as cláusulas éticas são consideradas como um mecanismo normativo privado que, justamente por trazerem consigo um aspecto de imperatividade (considerando, *v.g.*, as consequências da violação das cláusulas éticas na condição de *cláusulas contratuais*), garantem uma maior efetividade dos direitos humanos que visam proteger.

E é exatamente este pano de fundo – que envolve a aproximação das empresas e dos direitos humanos e a incorporação de padrões éticos nos contratos celebrados no âmbito comercial – que permeia o trabalho que está por vir. O presente trabalho pretende traduzir, em termos acadêmicos, as práticas contratuais que vem sendo efetivadas no mundo dos negócios.

Partindo do aporte teórico que lança as luzes ao reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre entes particulares, a dissertação busca compreender como e por quais motivos a proteção e promoção destes direitos passaram a ser encarados como um papel a ser assumido pelas empresas, voltando-se à análise da maneira pela qual os padrões éticos (*ethical standards)* são adotados no âmbito empresarial*,* em especial quando incorporados nos contratos, através das denominadas cláusulas éticas – objeto central deste trabalho.

A investigação se justifica na medida em que, apesar da crescente incorporação das cláusulas éticas nos instrumentos contratuais, tanto no âmbito internacional, quanto no nacional, o assunto ainda conta com pouquíssimas incursões acadêmicas no cenário brasileiro, sendo de fundamental importância uma análise mais acurada acerca desta importante ferramenta de efetivação dos direitos relacionados à dignidade humana.

Ressalta-se, nesta esteira, a necessidade de que esta prática contratual seja devidamente (e academicamente) compreendida tanto na esfera relacionada ao Direito Civil, quanto no que diz respeito à matéria de Direitos Humanos, considerando a sua inovação e as suas especificidades no cenário jurídico atual.

Aliás, importante que se advirta, desde logo, que falar em “direitos humanos” exige certa cautela. Como se sabe, estudiosos da matéria fazem recorrentemente o uso de categorizações teóricas, que nem sempre atendem aos sentidos da dignidade no discurso dos direitos, inclusive quando se trata das categorias “direitos humanos”, “direitos fundamentais” e “direitos da personalidade”.

Tradicionalmente, a expressão “direitos humanos” é a predileta na arena internacional, como referência aos direitos voltados à proteção da dignidade da

pessoa humana previstos nas fontes do direito internacional; a denominação “direitos fundamentais” é empregada para se referir ao rol de direitos previstos no âmbito constitucional (no caso do Brasil, estão eles dispostos principalmente nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal); já os chamados “direitos da personalidade”, apesar de também servirem para a proteção da condição humana “em seus mais genuínos aspectos e manifestações”[4], são utilizados na seara privada do Direito Civil.

Entretanto, direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade, “todos convergem para o mesmo fim e sentido de prevenir o sofrimento humano e resguardar a sua humanidade”[5], de modo que, ainda que se reconheça as particularidades de cada uma dessas categorias, há uma proximidade cada vez maior destas dimensões, tendo como fito principal a proteção da pessoa humana.

Anderson Schreiber, nessa toada, aponta que: “todas essas diferentes designações destinam-se a contemplar atributos da personalidade humana merecedora de proteção jurídica”[6], sendo o valor tutelado idêntico e unitário: a dignidade humana.

A diferenciação, desta forma, “deve ser razão da promoção de direitos, tomados em sua relação integral de complementariedade, e não de divisão, subjugação e hierarquização de determinadas categorias em face de outros”.[7] Prosseguir com o tratamento dos temas de modo apartado, em que cada uma das categorias é vista por uma lógica monista e isolada, não dá conta da realidade da vida complexa das pessoas que se vida proteger.

Justamente por estas razões, no vertente trabalho as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” serão utilizadas de forma apartada, mas terão um sentido de *complementaridade*, para não se perder de vista que todos estes direitos convergem à ideia de realização da dignidade da pessoa humana, de modo que seus sentidos podem – e devem – se somar em busca da efetiva proteção das pessoas concretas que visam proteger.

Em sua estrutura, a dissertação será dividida em três partes.

---

[4] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2 ed.. São Paulo: Atlas, 2013, p. 8.
[5] FACHIN, Melina Girardi; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. De fora, de cima, de baixo – todos os sentidos da dignidade no discurso dos direitos. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, Curitiba, v. 2, n. 2, pp. 78-94, jul./dez. 2016, p. 91.
[6] SCHREIBER, Op. cit., p. 13.
[7] FACHIN; GONÇALVES, Op. cit., p. 89.

A primeira delas trata da teoria da “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”, com vistas a investigar, sob a perspectiva da teoria constitucional, como os direitos fundamentais, previstos nas Constituições, expandiram-se e encontraram espaço de aplicação nas mais variadas áreas do ordenamento jurídico, vinculando não apenas os Estados, mas também os próprios particulares em suas relações interprivadas.

O primeiro capítulo, que lança as bases teóricas para os demais temas abordados neste trabalho, está dividido em quatro subcapítulos: parte dos aspectos históricos e conceituais da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; expõe as críticas que foram feitas à teoria, para, em seguida, abordar as razões em prol de uma *vinculatividade* dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares; perpassando pelas possíveis *formas* de incidência dos direitos fundamentais no tráfico jurídico-privado para; por fim, abordar casos concretos enfrentados pelo Poder Judiciário alemão, norte-americano e brasileiro sobre o tema.

A segunda parte da vertente dissertação, a partir da análise dos impactos ocasionados pela globalização, cuida de averiguar a aproximação entre os direitos humanos e as empresas, demonstrando de que forma a proteção e promoção destes direitos passaram a ser obrigações assumidas pelas empresas, em especial em razão do trabalho desenvolvido pelas organizações internacionais (principalmente a Organização das Nações Unidas), e de que maneira a linguagem dos direitos humanos é incorporada nas relações internas e externas destes entes privados.

No capítulo 2 em questão, em um primeiro momento, aborda-se o fenômeno da globalização e como este contribuiu para o debate sobre “empresas e direitos humanos”; logo após analisa-se a abordagem feita pelos organismos internacionais sobre o tema, em especial pela Organização das Nações Unidas; em seguida, estuda-se os Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos – instrumento normativo de maior importância quanto ao assunto e; ao final, expõem-se as iniciativas voluntárias das empresas para proteger e promover os direitos humanos.

Por fim, a terceira e última parte do trabalho volta-se à análise da incorporação de obrigações concernentes aos direitos humanos nos contratos celebrados no “mundo dos negócios”, tratando, especificamente, das cláusulas éticas.

A abordagem do tema proposto no terceiro capítulo encontra-se dividido em quatro sessões: a primeira aborda como o contrato passou a ser encarado como instrumento de emancipação da pessoa humana; a segunda cuida do tema específico

das cláusulas éticas, perpassando por sua definição, modos de incorporação e tipos de contrato em que estão inseridas; a terceira trata dos aspectos jurídicos das cláusulas éticas e; por último, a quarta sessão analisa os “pesos e contrapesos” destas disposições contratuais, trazendo um panorama geral sobre o tema.

Principalmente neste capítulo, visa-se reduzir em uma linguagem acadêmica as práticas adotadas pelas empresas em suas relações contratuais. Exatamente por isto é que se optou por fazer um recorte metodológico, para que fossem analisados os principais desdobramentos práticos da utilização das cláusulas éticas, tal como o seu descumprimento por uma das partes contratantes, com ênfase nos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias – regulados pela Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias –; contratos estes que recorrentemente contam com cláusulas éticas, sendo uma das hipóteses mais relevantes de incidência destas disposições contratuais.

Na última parada da jornada que a seguir se inicia, busca-se amarrar a problemática enfrentada nos capítulos anteriores, expondo-se uma das possíveis maneiras de tornar as empresas responsáveis pela proteção e promoção dos direitos humanos, sem perder de vistas o largo quebra-cabeça da problemática, do qual a incorporação de cláusulas éticas nos contratos é apenas uma das peças.

CAPÍTULO I. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

A essência dos direitos humanos é o direito a ter direitos.
Hannah Arendt

A primeira parte do trabalho que ora se erige tem como fundamento a análise da denominada "eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares", que exsurge, sobretudo, em um contexto marcado pela repaginação da teoria dos direitos humanos no pós-Segunda Guerra Mundial. A chamada "era dos direitos" fornece o alicerce, no âmbito do Direito Constitucional, para a expansão dos direitos fundamentais, que passam a ser aplicados nas mais variadas áreas do ordenamento jurídico, vinculando não apenas o Estado, mas também os próprios particulares em suas relações privadas.

A eleição deste tema, neste primeiro momento, justifica-se na medida em que se pretende lançar as bases teóricas para o que está por vir. Se na década de 1950 e seguintes a aplicação dos fundamentais nas relações privadas era um tema reservado à doutrina e ao Poder Judiciário – que deram início à discussão –, hodiernamente o que se vê é que as próprias sociedades empresárias passaram a se preocupar com a proteção e a promoção destes direitos, adotando e exigindo condutas eticamente aceitáveis, tanto de seus empregados e colaboradores, como de seus parceiros contratuais.

Por isso é que falar da promoção e proteção dos direitos humanos no âmbito empresarial, inclusive através de cláusulas contratuais acordadas pelas partes, demanda uma análise de como o Direito passou a vincular os particulares aos direitos fundamentais e por quais motivos se entende que tais direitos incidem em todo o ordenamento jurídico.

O presente capítulo, então, parte dos aspectos históricos e conceituais da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; expõe as críticas que foram feitas à teoria, para, em seguida, abordar as razões em prol de uma *vinculatividade* dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares; perpassando pelas possíveis *formas* de incidência dos direitos fundamentais no tráfico jurídico-privado para; por fim, abordar casos concretos enfrentados pelo Poder Judiciário alemão, norte-americano e brasileiro sobre o tema.

1.1. OS ASPECTOS HISTÓRICOS[8] E CONCEITUAIS DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Os direitos humanos trazem em si um conteúdo valorativo construído a partir de um espaço simbólico[9], de embate e de ação social, caracterizando-se como direitos históricos que emergem das lutas que os homens travam por sua emancipação e das transformações que tais embates produzem em suas condições de vida.[10] Nas palavras de Joaquín Herrera Flores, os direitos humanos se constituem como "processos institucionais e sociais que possibilitam a abertura e a consolidação de espaços de luta pela dignidade humana".[11]

Essa compreensão, que reconhece o arcabouço histórico e culturalmente estruturado de tais direitos, "rompe com o procedimento histórico linear e evolutivo que entrevê o passado como prólogo do presente e o futuro como progresso da humanidade" [12] quando se fala em direitos humanos.

Sob esta perspectiva e, levando em consideração a historicidade dos direitos humanos, que estão em constante transformação, é que se abre a discussão proposta no vertente capítulo, que trata da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.

É no pós Segunda Guerra Mundial que se inaugura a cognominada concepção contemporânea dos direitos humanos, como resposta às atrocidades ocorridas naquele período. As causas e consequências da guerra desencadearam

---

[8] Importante mencionar, logo de início, que a invocação aos "aspectos históricos" do tema se faz necessário para fins didáticos. Não se desconhece que o progresso do Direito (no caso, dos direitos humanos), apesar de ser marcado por algumas fases históricas, não se apresenta como um processo totalmente estanque e disposto em uma escala evolutiva linear. Consoante adverte Ricardo Marcelo Fonseca, não pretendemos tecer uma trama histórica "de modo a resultar numa historiografia harmônica, coerente, lógica e concatenada, ignorando a verdadeira complexidade com que os fenômenos vão se apresentando no tempo". (FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à História do Direito**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 160).

[9] PIOVESAN, Flavia. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 3, n. 2, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/1520/1773>; Acesso em: 22 jul. 2017.

[10] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 51.

[11] FLORES, Joaquin Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 18.

[12] FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento.** Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 12.

uma repaginação na teoria dos direitos humanos, inaugurando uma perspectiva de reconstrução destes, conforme ilustra Jane Reis Gonçalves Pereira:

> Em meados do século XX, os direitos do homem voltavam a ostentar o prestígio que desde as revoluções liberais não lhes era conferido. No plano nacional, isso se revelava pelos amplos catálogos de direitos fundamentais contidos nas cartas políticas editadas a partir do pós-guerra. No plano internacional, a Declaração Universal de 1948 dava início ao processo de generalização da tutela internacional dos direitos humanos.[13]

Nas palavras de Melina Girardi Fachin, a chamada "era dos direitos", que marca esse novo período, repousa "de um lado, no valor da dignidade humana como fundamento de proteção e, de outro, no processo (inédito na abrangência e na intensidade) de internacionalização da positivação e proteção destes direitos".[14]

Esse contexto fornece o alicerce, no âmbito do Direito Constitucional, "para a consolidação da força normativa da Constituição e a consequente força expansiva dos direitos fundamentais".[15] Os direitos fundamentais, previstos na Constituição, expandem-se e encontram espaço de aplicação nas mais variadas áreas do ordenamento jurídico, vinculando não apenas o Estado, mas também os próprios particulares em suas relações privadas.[16]

Nesse sentido, é que se fala na "eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas", cuja especulação teórica e jurídica se desenvolveu em

---

[13] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 442.

[14] FACHIN, M., 2015, p. 19-20.

[15] FACHIN, Girardi Melina; PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil. In FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. **Diálogos sobre Direito Civil**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 199.

[16] "Com efeito, com a ampliação crescente das atividades e funções estatais, somada ao incremento da participação ativa da sociedade no exercício do poder, verificou-se que a liberdade dos particulares – assim como os demais bens jurídicos assegurados pela ordem constitucional – não carecia apenas de proteção contra ameaças oriundas dos poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, advindas da esfera privada [...] Nesse contexto, cumpre referir que expressivo rol de doutrinadores têm reproduzido a tendência (por sua vez, não completamente imune a críticas) de reconduzir o desenvolvimento da noção de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento de sua dimensão jurídico-objetiva, de acordo com a qual os direitos fundamentais exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e proteger, valores esses que, de outra parte, alcançam uma irradiação por todo o ordenamento jurídico – público e privado – razão pela qual há muito os direitos fundamentais deixaram de poder ser conceituados como sendo direitos subjetivos públicos, isto é, direitos oponíveis pelos seus titulares (particulares) apenas em relação ao Estado." (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, a. 4, n. 16, pp. 193-259, jul./set. 2005, p. 205).

meados do século XX, na Alemanha[17], a partir do célebre caso *Lüth,* julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão.

Em breves linhas, a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão teve origem no recurso constitucional interposto por Erich Lüth – principal membro do departamento da imprensa de Hamburgo – contra a decisão do Tribunal Estadual de Hamburgo (*Landgericht*), que havia confirmado a condenação de Lüth à obrigação de não fazer, imposta em primeiro grau, por ter ele se expressado publicamente em desfavor de Veit Harlan, convocando um boicote ao filme *Unsterbliche Geliebte (Amada Imortal)* produzido por Harlan. O boicote estava relacionado ao fato de Harlan ter trabalhado para o regime nazista, apesar de o filme não fazer trazer qualquer referência política ou ideológica.

A decisão recorrida foi reformada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, sob o fundamento de que o direito fundamental à liberdade de expressão irradiava sua força normativa sobre todo o ordenamento jurídico (no caso sobre o Direito Civil), impondo aos tribunais ordinários a necessidade de emprestar prevalência ao significado dos direitos fundamentais, mesmo nas relações entre particulares.[18]

Ao comentar a decisão, destacam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

> Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Nela, foram lançadas as bases não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus

[17] Muito embora o tema tenha se desenvolvido a partir dos anos 50 na Alemanha, a teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas já existia, de forma um tanto quanto modificada, na jurisprudência da Suprema Corte Americana sob o viés da *state action*. (SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2004, p. 124).

[18] "Na decisão do Caso Lüth, a Corte Constitucional incluiu diversas considerações importantes acerca da relação entre os direitos fundamentais e as cláusulas gerais de direito privado. De acordo com o Tribunal Constitucional Federal os direitos previstos na Constituição constituem um sistema objetivo de valores que foram construídos em torno do conceito e do valor da personalidade humana que se desenvolve livremente no contexto social. Este sistema embasa todas as áreas de direito, incluindo o direito privado. Cada disposição de direito privado deve, portanto, ser formulada, bem como interpretada de acordo com os valores fundamentais que foram expressos no Sistema.". Tradução livre de: "*In its decision in the Lüth case, the Constitutional Court included several important considerations on the relation between fundamental rights and the general clauses of private law. [...] According to the Bundesverfassungsgericht, the rights laid down in the Grundgesetz constituted an objective system of values that was built around the concept and value of human personality freely developing within a social context. This system underlay all areas of law, including private law. Each provision of private law should therefore be formulated as well as interpreted in accordance with the fundamental values that were expressed in the system*." (MAK, Chantal. **Fundamental rights in European Contract Law: a comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England**. Netherlands: Kluwer Law International, 2008, p. 58).

> limites, como também de uma dogmática geral dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittwirkung* e *Ausstrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitados dos direitos fundamentais em face de seus limites, da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do Tribunal Constitucional no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil.[19]

A partir daí, a teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, que na Alemanha teve origem no âmbito do Poder Judiciário e foi desenvolvida posteriormente na doutrina, propagou-se pelo mundo, tornando-se objeto de análise em outros países:

> O tema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais como questão jurídica autônoma é objeto da dogmática e da jurisprudência desde a década de 50 do século XX. À época, a tematização recebeu impulso decisivo na República Federal da Alemanha sob a denominação de *Drittwirkung der Grundechte* – literalmente, "efeito frente a terceiros dos direitos fundamentais" – a partir de algumas decisões do Tribunal Federal do Trabalho, sob a influência de Hans Carl Nipperdy, e da antológica decisão do Tribunal Constitucional no Caso Lüth (1958). O interesse pelo tema logo cruzou as fronteiras tedescas provocando análises e discussões em outros países.[20]

Todavia, apesar do franco desenvolvimento do tema em diversas partes do globo, as constituições modernas não concederam a devida disciplina à eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. A Constituição dos Estados Unidos da América (1787), a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz,* 1949), a Constituição da República Italiana (1947) e a Constituição Espanhola (1978), por exemplo, não possuem texto específico e expresso sobre o tema. D'outra sorte, a Constituição da República Portuguesa (1976), a Constituição

---

[19] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4 ed.. São Paulo: Atlas, 2012, p. 250.

[20] STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 31-32.

da Federação Russa (1993) e a Constituição da Suíça (1998) fazem explicita referência à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.[21;22]

A par disto, na Europa, mormente na Alemanha e na Espanha, a teoria ganhou robustos contornos, graças à doutrina e à jurisprudência dos países europeus, mas sem quaisquer parâmetros de homogeneidade.[23] Já no Brasil, apesar de a Constituição Federal fazer referência sobre a imediata aplicação dos direitos fundamentais[24], somente há pouco tempo (se comparado ao surgimento da teoria) o tema despertou o interesse da doutrina e do Poder Judiciário.[25]

Com efeito, *"*a incidência valorativa dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre pessoas tomadas pela sua noção de indivíduos é processo em construção.".[26]

Sem embargo, contudo, pode-se afirmar que o reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações entre particulares é o ponto nodal da já consolidada Constitucionalização do Direito Civil.[27] Não há como tergiversar que a Constituição, já há algum tempo, deixou de ser considerada apenas como uma carta política, para assumir uma feição de elemento integrador de todo o sistema jurídico.[28] Como ilustra Luiz Edson Fachin:

> Na construção do Direito Privado brasileiro, o Direito Civil-Constitucional, como método e significado, existe, é válido e eficaz na doutrina, na legislação e na jurisprudência.
> [...].

---

[21] (i) Constituição da República Portuguesa, art. 18.1: "Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas."; (ii) Constituição da Federação Russa, art. 17.3: "O exercício dos direitos e liberdades do homem e do cidadão não deve infringir os direitos e liberdades das demais pessoas" e; (iii) Constituição da Suíça, art. 35.1: "As autoridades devem zelar para que os direitos fundamentais, por quanto para isto se prestam, sejam realizados também nas relação entre particulares".

[22] STEINMETZ, 2004, p. 34.

[23] SOMBRA, 2004, p. 125.

[24] Cf. art. 5º, §1º: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.".

[25] Conforme se verá adiante, no item 1.4.2.

[26] FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 88.

[27] "Diz-se, com certa dose de exagero, que o direito privado passou a ser o direito constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição impõe. Pode afirmar-se que a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional." (LÔBO, Paulo. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999, p. 101)

[28] RAMOS, André Luiz Arnt. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas: o estado da questão. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 53, n. 210, pp. 291-314, abr./jun., 2016, p. 294.

> No que concerne à eficácia, cabe esclarecer, desde logo, sem prejuízo de que a Constituição e os direitos fundamentais se aplicam às relações interprivadas com a mediação realizada pela atuação jurisdicional no exercício dos deveres de proteção, que também não se pode negar a eficácia direta e imediata da norma constitucional nas relações pertinentes ao Direito Civil. Sustentar o inverso é fazer da Constituição *letra morta.*[29]

Com o fito de sedimentar um dos marcos teóricos do presente trabalho, impõe-se seja abordada, neste momento, a opção terminológica acerca do fenômeno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico privadas em si. Tal preocupação, apesar de parecer abstrata, justifica-se para demonstrar – com a eleição de um nome – qual o limite e de que maneira os direitos fundamentais vinculam os particulares em suas relações.

O aspecto da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas acabou sendo tratado, na doutrina e na jurisprudência constitucionais, sob vários títulos.

A primeira denominação utilizada, quando do surgimento da questão na teoria alemã – como reflexo do trabalho jurisprudencial alemão – foi a *Drittwirkung,* ou ainda, a *eficácia perante terceiros*. Entretanto, não obstante o pioneirismo, a expressão foi afastada, uma vez que, como apontam Melina Girardi Fachin e Umberto Paulini, induziria a uma ideia errônea, pois, em primeiro lugar "trata-se de um segundo nível eficacial em contraposição ao primeiro, vertical, em relação ao ente estatal. E, em segundo lugar, a ideia de terceiros 'pressupõe que as pessoas vinculadas não seriam originariamente destinatários dos direitos.".[30]

Ingo Sarlet também destaca os motivos das críticas feita à expressão *eficácia em relação a terceiros:*

> Constata-se que até mesmo a denominação habitualmente mais utilizada na doutrina e jurisprudência alemãs (eficácia em relação a terceiros – *Drittwirkung*) não escapa de uma análise crítica, tendo encontrado um número considerável de opositores.
> Dentre os diversos argumentos citados, cumpre destacar que, de fato, não se trata propriamente de um terceiro nível eficacial (ou de uma terceira classe de destinatários), mas sim de um segundo nível, já que está em pauta a vinculação dos particulares (relação horizontal) em contraposição à clássica

[29] FACHIN, Luiz Edson. Ensaio sobre a incidência dos direitos fundamentais na construção do Direito Privado brasileiro contemporâneo a partir do Direito Civil-Constitucional no Brasil. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga, **Direitos fundamentais e novos direitos**. 2 série. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 71.
[30] FACHIN, M.; PAULINI, 2008, p. 201.

> e inconteste vinculação das entidades estatais, no âmbito das relações (verticais) entre particular e Estado.[31]

Surgiram, ainda, expressões como *eficácia privada* e *eficácia externa* que, além de serem muito amplas, não encerram o cerne da problemática.[32] Segundo Wilson Steinmetz, o uso da expressão *eficácia privada* "pode induzir a uma descrição imprecisa dos contornos da eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares.".[33]

Outra expressão muito utilizada para a denominação da teoria em análise é a *eficácia horizontal dos direitos fundamentais.* Assim como as demais, tal expressão não ficou imune a críticas, uma vez que as relações entre particulares nem sempre contam com um plano de horizontalidade, inexistindo condições semelhantes de igualdade entre os entes privados. Citem-se, a título de exemplo, as relações entre empregados e empregadores e entre grandes empresas e os consumidores. Por isso é que "à medida que é constatada uma desigualdade fática, oriunda principalmente do poderio econômico e social, a horizontalidade resta notadamente afetada*".*[34]

Por todos estes motivos, optou-se no presente trabalho pela filiação aos que preferem tratar o tema sob o título *eficácia* (entendida como a capacidade de os direitos fundamentais gerarem efeitos jurídicos[35]) *dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*[36], por traduzir, de forma mais precisa e pertinente, a dimensão da problemática proposta.

Feitas estas primeiras considerações sobre o tema, abordar-se-ão as críticas feitas à teoria e as razões em prol de uma *vinculatividade* dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares.

1.2. EXPOSIÇÃO DA CRÍTICA E DAS RAZÕES EM PROL DE UMA *VINCULATIVIDADE* DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICO-PRIVADAS

---

[31] SARLET, 2005, p. 201.
[32] SOMBRA, 2004, p. 126.
[33] STEINMETZ, 2004**,** p. 57.
[34] SOMBRA, Op. cit., p. 127.
[35] FACHIN, M.; PAULINI, 2008, p. 202.
[36] Como, entre outros, Ingo W. Sarlet.

Apesar de hodiernamente já se registrar um amplo consenso, na doutrina e na jurisprudência nacional (e na de países como a Alemanha), acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ainda ecoam vozes contrárias ao efeito irradiante destes direitos no ordenamento jurídico como um todo.

Por honestidade acadêmica, portanto, parte o presente subcapítulo das críticas feitas à teoria em análise para, em seguida, afastá-las, com a pretensão de se demonstrar as razões em prol da *vinculatividade* dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas.

Tendo como amparo a teoria clássica dos direitos fundamentais, em que os estes eram concebidos exclusivamente para a proteção dos indivíduos contra o Estado, alguns autores rechaçam a possibilidade destes direitos gerarem efeitos nas relações interprivadas.

Cumpre destacar, de início, que quase toda a discussão que vem sendo travada sobre a incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado se restringe aos direitos civis e políticos. A questão relevantíssima concernente à vinculação dos particulares aos direitos sociais não despertou, com poucas exceções, a atenção da doutrina e jurisprudência nacionais ou estrangeiras.[37] E esta constrangedora inércia "sinaliza de certa forma uma posição que nos parece insustentável, pelo menos à luz da ordem constitucional brasileira: a de que tais direitos não teriam nenhum tipo de eficácia no âmbito das relações privadas.". [38]

De qualquer forma, pretende-se demonstrar neste subcapítulo as principais críticas à teoria da "eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas", ainda

---

[37] O tratamento diferenciado entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, também neste aspecto do direito constitucional, só reforça a infeliz supremacia dos direitos individuais sobre os direitos sociais, rompendo com a promessa da integralidade (aqui considerada como a inter-relação e a interdependência entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais) constante na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: "Muitas vezes, os direitos econômicos, sociais e culturais são deixados para trás. O pensamento ocidental tem dado mais importância aos direitos políticos e civis - como liberdade de expressão e associação, liberdade de tortura, escravidão, detenção e detenção arbitrárias – em detrimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, como os direitos ao trabalho, à educação, à saúde e à habitação". Tradução livre de: "*It's often economic, social and cultural rights that get left behind. Western thinking has tended top rise political and civil rights – such as freedom of expression and association, freedom from torture, slavery, arbitrary arrest and detention – above economic, social and cultural rights, such as the rights to work, education, health and housing.*" (BALL, Olivia; GREADY, Paul. **The no-nonsense guide to human rights**. Oxford: New Internationalist Publications Ltd., 2009, p. 31-32)

[38] SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2004, p. 225.

que elas considerem primordialmente (e erroneamente) os *falaciosamente ditos* "direitos de primeira geração".[39]

Sem embargo, na Alemanha, após o surgimento da teoria da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, esboçou-se uma forte reação contrária a ela. Ernest Forsthoff, por exemplo, defendia que os direitos fundamentais poderiam continuar a cumprir sua função social sem que houvesse necessidade de renunciar à sua natureza de direitos subjetivos públicos.[40] O autor chegou a afirmar que a teoria "operaria a dissolução da Constituição, ao rebaixá-la de norma a mera ordem de valores, e levaria ao abandono dos métodos clássicos da hermenêutica jurídica no Direito Constitucional".[41]

Em suas entrelinhas, a crítica de Forsthoff refletia "a ideologia liberal, considerando que a incidência do direito de igualdade nas relações privadas converteria os direitos fundamentais em vinculações a deveres sociais.".[42]

Naquele país, a normativa constitucional prevê que os direitos fundamentais, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário (artigo 1º, parágrafo 3º, da Constituição Alemã de 1949). Por não existir menção expressa às relações interprivadas, a interpretação do artigo gera controvérsias entre os juristas, entendendo Uwe Diederichsen, por exemplo, que ao afirmar que os direitos fundamentais vinculam a legislação, a Constituição visa apenas afastar a tese predominante na Constituição de Weimar, segundo a qual os direitos fundamentais deveriam ser qualificados como singelas asserções programáticas, ao contrário da Constituição Alemã de 1949 que preconizou que os direitos fundamentais devem ser elevados ao nível de direito imediatamente vigente.[43]

---

[39] Cumpre registrar que a concepção de integralidade dos direitos humanos previstas na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 implica na necessidade de superação da visão segmentada que a ideia de "geração ou dimensão de direitos humanos" traz, eis que tal visão desconsidera os direitos humanos como processos históricos em constante mudança e sem hierarquia entre si. (FACHIN, M., 2015).

[40] SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) **A nova interpretação constitucional: direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 197. Apud SOMBRA, 2004, p. 156.

[41] SARMENTO, 2004, p. 227.

[42] PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 56.

[43] SILVA, Luzia Gomes da. Estudo comparativo das teorias da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. **Portal do e-governo, inclusão digital e sociedade de conhecimento**, Florianópolis, 07 maio 2013. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/estudo-comparativo-das-teorias-da-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-no-%C3%A2mbito-das-rela%C3%A7%C3%B5e s>; Acesso em: 25 jan. 2018.

Luis Prieto Sanchís, por sua vez, jurista espanhol, já destacou que a teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares afeta diretamente a autonomia privada, a qual, segundo seu entendimento, seria uma manifestação da igualdade jurídica consagrada pelos Códigos.[44] Há, nesta crítica, importante e reiterada objeção à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o receio de aniquilação da autonomia privada.

Outra implicação da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais abordada pelos estudiosos seria a da chamada "panconstitucionalização" e a conseguinte "colonização" constitucional do Direito Privado.[45] O Direito Privado, sob tal assertiva, perderia a sua identidade, sua autonomia e sua função.

Daniel Sarmento expõe, também, a crítica feita pelos estudiosos do Direito Constitucional suíço, moldado no sistema romano-germânico: naquele país, "prevalece ainda hoje, tanto na doutrina como na jurisprudência, a visão clássica de que os direitos fundamentais limitam apenas o Estado, não vinculando direta ou indiretamente os particulares.".[46]

De fato, muitas das objeções feitas à teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares partem do fundamento de que estes direitos servem para a "proteção (defesa) contra ingerências do Estado, ainda que provocada por particulares, de tal sorte que, na verdade, se trata sempre de um problema envolvendo a vinculação direta do Legislador privado e da jurisdição civil.".[47]

A par das críticas acima expostas, é no direito norte-americano que se encontram o maior número de vozes contrárias à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Cuida-se da doutrina da *state action,* que aponta que *os* "direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Carta estadunidense, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares."[48], com exceção somente da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão.

---

[44] SANCHÍS, Luís Prieto. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid: Debate, 1990, p. 208.
[45] STEINMETZ, 2004, p. 36.
[46] SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 198.
[47] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. **A Constituição Concretizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 133.
[48] SARMENTO, Op. cit., p. 199.

Para justificar esta posição, a doutrina da *state action* recorre não apenas a literalidade do texto constitucional, que se refere somente aos Poderes Públicos na maioria das suas cláusulas consagradoras de direitos fundamentais, mas também a outros argumentos teóricos, como a preocupação com a autonomia privada e, também, com o pacto federativo, que impediria o Poder Judiciário de intervir na autonomia dos Estados, sob a justificativa de aplicar a Constituição às relações interprivadas. A esse respeito, pondera Daniel Sarmento:

> A acidentada trajetória da doutrina da *state action* nos Estados Unidos inicia-se com os *Civil Rights Cases*, julgados pela Suprema Corte norte-americana em 1883. Em 1875, o Congresso Nacional norte-americano aprovara o *Civil Rights Act*, prevendo uma série de punições civis e penais contra a discriminação racial em locais e serviços acessíveis ao público, com fundamento na competência conferida pela 14ª Emenda à Constituição daquele país, a qual, logo após o fim da escravidão, obrigara os Estados a respeitarem os princípios da igualdade e do devido processo legal. No entanto, a Suprema Corte, apreciando cinco casos de pessoas indiciadas por terem cerceado o acesso de negros em hotéis, teatros e trens, afirmou a inconstitucionalidade da norma, sob o argumento de que a União tinha recebido da Constituição apenas a competência para editar normas impedindo as discriminações praticadas pelos próprios Estados, mas não aquelas cometidas por indivíduos e empresas privadas. Nestes julgamentos, ficaram assentadas duas premissas: (a) os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição americana vinculam apenas os Poderes Públicos e não os particulares; e (b) o Congresso Nacional não tem poderes para editar normas protegendo os direitos fundamentais nas relações privadas, pois a competência para disciplinar estas relações é exclusiva do legislador estadual.[49]

A doutrina norte-americana da *state action,* muito embora tenha sofrido atenuações ao longo do século XX na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, ainda encontra espaço de aplicação naquele país e em outras nações, como o Canadá.

Em termos práticos, em tais países, quando um particular demanda contra outro particular visando assegurar um direito fundamental ou ter satisfeita uma pretensão nele fundada, o juiz ou o tribunal verifica se tal ação pode ser imputada ao Estado, isto é, se ela pode ser subsumida ao conceito de *state action*. Somente quando se demonstra que o ato ou a norma que se impugna emana de um poder

[49] SARMENTO, 2006, p. 228-229.

público ou é imputável a algum órgão do Estado, pode-se entrar na análise de mérito do caso.[50]

Contudo, como bem aponta Wilson Steinmetz, *"*trata-se de uma teoria construída engenhosamente no marco de uma Constituição que é a mais genuína expressão do paradigma constitucional liberal"[51], de modo que a *state action doctrine* não encontra referibilidade no marco de constituições delineadas de acordo com os paradigmas do constitucionalismo social e do constitucionalismo democrático.

Em suma, portanto, os fundamentos das críticas aqui expostas, repousam, principalmente (i) no temor de aniquilação da autonomia privada; (ii) no fato de que o Estado é o principal violador de direitos fundamentais, sendo ele o único "sujeito" vinculado a tais direitos; (iii) no receio da perda de identidade do Direito Privado e; (iv) na violação ao pacto federativo, com a hipertrofia do poder dos juízes em detrimento do legislador democraticamente eleito.

Tais críticas, entretanto, apesar de apresentarem respeitáveis fundamentos, não se mostram adequadas frente à transformação do papel do Estado e da própria sociedade ao longo do tempo. Os rumos tomados pela história acabaram por desencadear a vinculação dos particulares, como violadores de direitos humanos, às normas protetoras da dignidade da pessoa humana.

Pietro Perlingieri, tomando como pressuposto que os interesses particulares sofrem uma permanente influência dos interesses públicos, afirma que em uma sociedade como a atual, *"*torna-se difícil individuar um interesse particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse dito público"[52] e ainda, que é *"*cada vez mais incisiva a presença que assume a elaboração dos interesses coletivos como categoria intermediária.".[53]

Assim, muito embora a teoria dos direitos fundamentais tenha sido concebida para impor limites ao poder estatal, assentando-se nas premissas de que o Estado era o último e único poder e que, como tal, seria em *potência* ou em *ato* o inimigo público, os desdobramentos históricos, provenientes das crises sociais e econômicas do século passado, *"*evidenciaram a necessidade de não mais se vislumbrar nesse

---

[50] BILBAO UBILLOS, Juan Maria. **Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado** (la noción de *state action* en la jurisprudencia norteamericana). Madrid: McGraw-Hill, 1997b, p. 31. Apud. STEINMETZ, 2004, p. 180.
[51] STEINMETZ, Op. cit., p. 180.
[52] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 53.
[53] Ibidem, loc. cit.

ente o único responsável pelas ingerências cometidas contra os direitos e garantias individuais.”.[54]

Nesse contexto, a função primordial dos direitos fundamentais de proteger os indivíduos dos poderes públicos no âmbito da sua esfera pessoal, que, em um primeiro momento, alcançou relevância apenas nas relações entre os indivíduos e o ente estatal, restou superada.[55]

De fato, reconhece-se hoje a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, concepção proveniente e adaptada da teoria dos quatro *status* de Georg Jellinek. Através da teoria dos quatro *status* Jellinek afirmou que os indivíduos se vinculam ao Estado de acordo com quatro situações jurídicas: através dos *status* passivo, negativo, positivo e ativo. Pelo *status* passivo, o indivíduo é mero detentor de deveres, subordinando-se aos poderes do Estado; pelo *status* negativo, reconhece-se uma esfera individual de liberdade do cidadão imune ao pode estatal; pelo *status* positivo, é assegurada ao indivíduo a possibilidade de exigir a atuação positiva do Estado e; por fim, pelo *status* ativo, o cidadão tem a possibilidade de participar de modo ativo da vontade estatal.[56]

A teoria de Jellinek foi, com o decorrer do tempo, complementada pela doutrina, que a adaptou às funções que hoje são atribuídas aos direitos fundamentais.[57] Tais direitos, assim, não mais se restringem a direitos de defesa contra os poderes públicos, exercendo variadas funções na ordem jurídica.

Com efeito, no contexto atual das sociedades contemporâneas, é um equívoco associar o poder unicamente ao Estado. Hodiernamente, os entes privados não só detêm poder político, econômico e ideológico, como também desenvolvem lutas *de* e *pelo* poder.[58]

Aliás, em pesquisa realizada no longínquo ano de 2000, pelo *Institute for Policy Studies*, constatou-se que no ranking das 100 (cem) maiores economias do mundo, 51 (cinquenta e uma) são empresas privadas e 49 (quarenta e nove) são países. O ranking comparou a receita bruta das empresas com o Produto Interno Bruto dos países, revelando que as vendas das 200 (duzentas) maiores empresas do

---

[54] SOMBRA, 2004, p. 85.
[55] SARLET, 2005, p. 205.
[56] BARROS, Carlos Roberto Galvão. **A eficácia dos direitos sociais e a nova hermenêutica constitucional**. 1 ed. São Paulo: Biblioteca 24 horas. E-book. 2010, p. 130.
[57] Ibidem, loc. cit..
[58] STEINMETZ, 2004, p. 185.

mundo eram superiores aos PIBs de todos os países – com exceção dos 10 (dez) primeiros – somados.[59] Já em 2015, foi divulgada uma pesquisa que apontou que das 100 maiores receitas anuais no mundo, 63 eram foram corporações e 37 eram Estados.[60]

A complexidade da sociedade contemporânea compreende relações jurídicas entre particulares que são desiguais, nas quais se observa a proeminência de uma parte em relação a outra. É inegável que o poder não se encontra apenas no Estado, mas também nos entes privados, como as transnacionais, as empresas de assistência à saúde, as associações, as instituições de ensino, as organizações religiosas, os partidos políticos, entre outros. É o que a doutrina consentiu por chamar de *poderes privados*.[61]

É intuitivo, então, que quando se vislumbram as finalidades dos direitos fundamentais – entre as quais se destaca a proteção da dignidade humana e a preservação da autonomia dos indivíduos – torna-se pertinente a sua aplicação *"*em todas as situações nas quais possa ser comprometida essa ideia de autonomia, sendo irrelevante se isto ocorre em decorrência de uma atuação de um poder público ou privado.".[62] Pode-se dizer, sob tal viés, que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais preserva a autonomia privada e não a aniquila, conforme expõe a crítica.

Destarte, amplia-se o rol dos destinatários dos direitos fundamentais, uma vez que tais direitos não são ameaçados somente pelo Estado, como defendiam as teorias liberais burguesas, mas também por outras fontes de poder.[63] Neste sentido, valiosa a lição de Daniel Sarmento:

> Parece indiscutível que se a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados,

---

[59] Informação disponível em: EMPRESA: maior que país. **Super Interessante**, 31 out. 2004. Disponível em: <http://super.abril.com.br/comportamento/empresa-maior-que-pais>; Acesso em: 25 jul. 2017.
[60] FREUDENBERG, Nicholas. The 100 Largest governments and corporations by revenue. **Portal Corporations and Health Watch**, New York/Michigan, 09 out. 2017. Disponível em: <http://www.corporationsandhealth.org/2015/08/27/the-100-largest-governments-and-corporations-by-revenue/>; Acesso em: 28 out. 2017.
[61] PEREIRA, 2006.
[62] Ibidem, p. 456.
[63] Sobre isto, alerta Gustavo Tepedino: "na democracia capitalista globalizada, de pouca serventia mostram-se os refinados instrumentos de proteção dos direitos humanos, postos à disposição pelo direito público, se as políticas públicas e a atividade econômica privada escaparem aos mecanismos de controle jurídico, incrementando a exclusão social e o desrespeito à dignidade da pessoa humana." (TEPEDINO, Gustavo. Direitos Humanos e relações jurídico privadas. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 57).

> presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna um imperativo incontornável.[64]

Cumpre advertir, contudo, que não é apenas nas situações que envolvem os ditos *poderes privados,* em que há disparidade substancial entre as partes, que os direitos fundamentais possuem incidência. Em todas as relações entre indivíduos ou entidades particulares, ainda que estejam em pé de igualdade, há necessidade de proteção dos indivíduos contra atos atentatórios à dignidade da pessoa humana.

Partindo-se do pressuposto de que a Constituição é o estatuto axiológico da sociedade, consubstanciando a ordem jurídica-fundamental desta coletividade, o arsenal de valores e normas que a compõe orientam não apenas a ordem jurídica estatal, mas a vida social como um todo. Nessa perspectiva, *"*as escolhas valorativas postas na Constituição – e que são exprimidas no rol de direitos fundamentais – devem orientar a ação do Estado e de todos os setores da sociedade.".[65]

A Carta Constitucional é colocada como a fonte normativa de todo ordenamento, sendo todo ele afetado pelas disposições constitucionais, e via de consequência, pelos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, "na qualidade de princípios constitucionais e por força do postulado da unidade do ordenamento jurídico, aplicam-se relativamente a toda ordem jurídica.".[66]

O efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre todo o sistema normativo traduz a ação conformadora que o Direito Constitucional deve exercer sobre todas as esferas do ordenamento jurídico – desde o Direito Administrativo até o Direito Civil – exprimindo, também, a vinculação dos três poderes do Estado – inclusive do Judiciário – às normativas constitucionais.

Por isto é que, a autonomia do Direito Privado não representa "a sua interdependência em face da Constituição e de seus atributos de fundamentalidade e superioridade".[67] O fato de o Direito Privado estar vinculado às normas e valores constitucionais, inclusive (e principalmente) aos direitos fundamentais, não retira a sua autonomia, mas reforça a unidade do sistema. No escólio de Paulo Nalin:

---

[64] SARMENTO, 2006. p. 193, 194.
[65] PEREIRA, 2006, p. 457.
[66] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. **A Constituição Concretizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 119.
[67] SOMBRA, 2004, p. 93.

> Resta patente a opinião sobre a plena, irrestrita e incondicionada aplicabilidade da norma constitucional às relações interprivadas, na medida de um reconhecimento de um ordenamento jurídico unitário e da normativa constitucional como regra de conduta, posta no sentido da funcionalização dos institutos jurídicos preexistentes, regramento infraconstitucional aberto às novas tendências sociais.[68]

É nesse sentido, também, que se afasta a crítica proveniente da teoria da *state action,* segundo a qual a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas ensejaria a violação ao pacto federativo, com a hipertrofia do poder dos juízes em detrimento do legislador democraticamente eleito.

Não há como negar que, a partir das abstratas noções de ordem de valores e da irradiação dos direitos fundamentais nas mais variadas esferas do ordenamento jurídico, o Poder Judiciário participa, de modo mais ativo, na criação do direito[69]. Atualmente, entretanto, não há como o Estado Democrático de Direito ser dissociado de um Poder Judiciário presente e atuante. Segundo o Professor Clemerson Merlin Clève:

> É preciso considerar, entretanto, que democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contra-majoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte. Ou seja, a democracia não repele, ao contrário, reclama a atuação do judiciário nesse campo.[70]

O fator de preponderância dos direitos fundamentais perante o ordenamento jurídico, principalmente sobre o Direito Privado, deve-se exatamente à fundamentalidade das normas que o consagram. Sob o pálio do princípio da unidade do ordenamento jurídico, permite-se que o sistema disponha *"*de critérios precisos para a proteção dos direitos e garantias individuais"[71], ainda que tal proteção venha do Poder Judiciário. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais, desta feita, "é a um só tempo, exigência e consequência da unidade material do ordenamento jurídico.".[72]

---

[68] NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2 ed.. Curitiba: Juruá, 2008, p. 49.
[69] PEREIRA, 2006, p. 463.
[70] CLÈVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 54, pp. 28-36, jan./mar. 2006, p. 35.
[71] SOMBRA, 2006, p. 68-69.
[72] STEINMETZ, 2004, p. 104.

Assim, seja porque é necessária a proteção dos particulares contra atos atentatórios aos direitos fundamentais, provenientes de outros indivíduos ou entes privados, seja porque os direitos fundamentais, na qualidade de vetores constitucionais e por força da unidade do ordenamento jurídico, incidem sobre toda a ordem jurídica; a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (seja qual for a sua forma de incidência) parece ser inquestionável, apesar das críticas *supra* delineadas.

Resta a dúvida, contudo, quanto à forma e à intensidade da vinculação dos direitos fundamentais na esfera privada. Ou ainda, nas palavras de Robert Alexy, transcritas por Ingo Sarlet: "são dois os principais aspectos a serem enfrentados: como e em que medida (isto é, qual o alcance) se dá a vinculação, o primeiro sendo um problema de construção, e o segundo, um problema de colisão.".[73]

O problema do "como" as normas de direitos fundamentais incidem nas relações privadas será objeto do próximo segmento do presente trabalho.

1.3. OS MODOS DE VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PROBLEMA DO "COMO"

Superada a questão acerca do *se* os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais, passa-se à análise do *como* estes direitos incidem nas relações interprivadas.

A despeito de algumas poucas vozes contrárias à possibilidade de aplicação dos normas de direitos fundamentais na esfera privada[74], a discussão da doutrina acerca do tema focou-se, principalmente, no problema relativo à forma pela qual tais direitos incidem sobre o Direito Privado. Duas grandes correntes encontram-se neste debate: de um lado, agrupam-se os adeptos da eficácia *direta/imediata* dos direitos

[73] SARLET, 2000, p. 117.

[74] "Com efeito, nos modernos Estados Sociais Democráticos de Direito, poucos são aqueles que negam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, e os que negam o fazem amparados por conceitos antiquados sobre Estado, sociedade, dicotomia público e privado e, sobretudo, em decorrência de um apego exclusivista e desmesurado a uma clássica e ultrapassada concepção de direitos fundamentais". (SOMBRA, 2004, p. 104).

fundamentais nas relações particulares e, de outro lado, estão aqueles que defendem a eficácia *indireta/mediata,* explicada segundo diversas estratégias de argumentação.

É nesse contexto, que se faz indispensável uma apreciação das concepções doutrinárias elaboradas principalmente no âmbito da ciência jurídico-constitucional germânica, que acabaram por influenciar a evolução posterior, inclusive com a criação de novas alternativas para além das eficácias direta e indireta.

1.3.1. Teoria da eficácia direta (imediata)

A teoria da eficácia direta, ou imediata, das normas que enunciam direitos fundamentais às relações privadas (*direkte Drittwirkung* ou *enmittelbare Drittwirkung*) tem seu marco inicial na obra de Hans Carl Nipperdey, juiz do Tribunal Federal do Trabalho Alemão, tendo sido adotada pela Primeira Câmara do Tribunal, por ele presidida[75]. Posteriormente, a posição defendida por Nipperdey foi apreendida e desenvolvida por Walter Leisner.[76]

Hans Carl Nipperdey defendeu que alguns direitos fundamentais não vinculam apenas o ente estatal, mas possuem incidência imediata nas relações jurídico-privadas, em que existam relações de poder. Para ele e Leisner, a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo, principalmente, no argumento de acordo com o qual, em virtude de os direitos fundamentais serem "normas de valor válida para toda a ordem jurídica e da força normativa da Constituição, não se pode aceitar que o Direito Privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional.".[77]

Sob esta perspectiva, Nipperdey chegou a defender o que se denominou de "eficácia absoluta" dos direitos fundamentais na esfera do Direito Privado, o que lhes permitiria incidir de forma ampla e irrestrita em todas as relações entre particulares. Em verdade, para o autor, se a eficácia dos direitos fundamentais não for direta, as

[75] PEREIRA, 2006, p. 464.
[76] SARLET, 2005, p. 209.
[77] Ibidem, p. 375.

normas jusfundamentais terão uma conotação meramente declaratória, isto é, algo totalmente contrário à sua própria essência.[78]

Nessa linha de raciocínio, Nipperdey concorda com o entendimento firmado pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso Lüth, de que a Constituição não é neutra, vinculando todo o ordenamento jurídico. Contudo, não compartilha da premissa de que o efeito irradiante dos direitos fundamentais depende de intermediações (como as cláusulas gerais – tese adotada no caso Lüth), inexistindo, para ele, qualquer mecanismo de adaptação para que possam gozar de plena eficácia direta. Nas palavras de Nipperdey:

> A ordem jurídica forma uma unidade. E todo direito só disciplina com base e no marco da Constituição. Para que os direitos fundamentais, como normas objetivas, possam reger o direito privado, não requer-se nenhum meio, nenhum ponto de infiltração, como pretendem ser as cláusulas gerais. Bem ao contrário, o efeito jurídico é uno, direto e normativo, que modifica ou regenera as normas jurídico-privadas existentes, seja direito imperativo ou dispositivo, cláusulas gerais ou normas jurídicas determinadas; trata-se de proibições, mandatos, direitos subjetivos, direitos de proteção ou causas de justificação.[79]

Além de Nipperdey e Leisner, também Reinhold Zippelius, outro jurista alemão, defende a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, ao aduzir que quando tais direitos não forem suficientemente protegidos pelo legislador infraconstitucional, "as normas constitucionais que os consagram produzirão 'efeito directo de obrigatoriedade nas relações entre os cidadãos'.".[80]

Pietro Perlingieri compartilha das mesmas ideias, defendendo a aplicação direta das normas jusfundamentais às relações particulares. De acordo com ele, a norma constitucional "pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil".[81]

No plano jurisprudencial alemão, como dito anteriormente, a teoria da eficácia imediata encontrou abrigo, principalmente, no Tribunal Federal do Trabalho Alemão. Em um dos casos mais famosos, julgado em 1957, a Corte reconheceu, com base em

---

[78] SOMBRA, 2006, p. 183.
[79] NIPPERDEY, Hans Carl. Die Wurde des menschen. In: BETTERMANN, Karl August; NEUMANN, Franz L.; NIPPERDEY, Hans Carl. **Die grundrechte: handbuch der theorie und práxis der grundrechte**. Berlin: Dunker & Humblot. Apud: PEREIRA, 2006, p. 465.
[80] SARMENTO, 2004, p. 246.
[81] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11. Apud SARMENTO, 2004, p. 257.

preceitos unicamente constitucionais, a invalidade de uma cláusula contratual que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras de um hospital particular, caso estas viessem a contrair matrimônio.[82] Em julgamento mais recente, do ano de 1989, o mesmo Tribunal decidiu um caso de demissão de um químico que, invocando a liberdade de consciência, recusou-se a participar de uma pesquisa desenvolvida em seu ambiente de trabalho, dando ganho de causa ao empregado.[83]

A teoria da eficácia imediata, apesar de ter sido concebida na Alemanha, desenvolveu-se – na jurisprudência e na doutrina – em países como Argentina[84], Itália, Portugal e, sobretudo, Espanha. E, embora tenha um núcleo duro de significado facilmente identificável, ela se apresenta sob diferentes variações, como sumariza Wilson Steinmetz:

> Segundo a versão "forte", nas relações entre particulares, os direitos fundamentais operam eficácia geral, plena e indiferenciada; em uma expressão, eficácia absoluta. Essa versão é atribuída a Nipperdey. Conforme a versão "fraca", os direitos fundamentais operam eficácia imediata entre particulares, *sobretudo* nas relações marcadas pela desigualdade fática, quando, de um lado, está um particular em posição de inferioridade ou subordinação e, de outro, está um particular em posição de supremacia econômica e/ou social. Por fim, há uma versão "intermediária", segundo a qual a eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares é imediata, porém não é ilimitada, incondicionada e indiferenciada. Se o problema da eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares se apresenta como um problema de colisão de direitos fundamentais, então a solução deve resultar da aplicação do princípio da proporcionalidade, de modo especial do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação de bens), terceiro elemento ou *test* do princípio da proporcionalidade.[85]

Não obstante, em qualquer de suas matizações teóricas, a eficácia direta desagua na consequência de que os direitos fundamentais dispensam "qualquer transformação para serem aplicados no âmbito das relações jurídico-privadas, assumindo diretamente o significado de vedações de ingerência no tráfico jurídico-privado e a fundação de direitos de defesa oponíveis a outros particulares".[86]

---

[82] SARMENTO, 2004, p. 246.
[83] Ibidem, loc. cit..
[84] Na Argentina, a Suprema Corte reconheceu a vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais em decisão proferida no ano de 1958, no caso *Samuel Kot.* Na lide, discutiu-se o direito do proprietário de uma fábrica, que teve seu estabelecimento ocupado por seus empregos por período superior a três meses, sem nenhuma providência das autoridades policiais. (LOSING, Norbert. **La juriscionalidad constitucional em Latino América**. Tradução: Marcela Anzola Gil. Madrid: Editora Dykison, 2002, p. 228-229. Apud SARMENTO, Op. cit., p. 258).
[85] STEINMETZ, 2004, p. 169.
[86] SARLET, 2006, p. 211.

A tese, portanto, advoga pela incidência *erga omnes* dos direitos fundamentais, tanto em face de pessoas privadas que se encontrem em posição de poder, quanto nas situações que envolvem partes que se encontram em pé de igualdade. Nesta última situação, os direitos fundamentais incidem diretamente, "sendo empregados como parâmetros de aferição da validade de negócios privados".[87]

Tal teoria, embora tenha sido inicialmente concebida na Alemanha, acabou por não prevalecer naquele país, tornando-se dominante em vários outros Estados, como os já citados: Espanha, Portugal, Itália e Argentina[88]. No Brasil, o art. 5º, inc. I, da Constituição Federal – já citado – consagra a teoria da eficácia imediata. Já na Alemanha, prepondera a tese da eficácia indireta dos direitos fundamentais, que surge como uma crítica à concepção exposta neste item, como se verá a seguir.

1.3.2. Teoria da eficácia indireta (mediata)

A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi formulada, inicialmente, por Günter Dürig, em obra publicada em 1956[89], tornando-se a concepção dominante na Alemanha, sendo hoje adotada pela maioria doutrinária daquele país e pela Corte Constitucional Alemã. Tal concepção, aliás, foi a acolhida pelo Tribunal Constitucional no já mencionado caso Lüth. Cuida-se de uma construção intermediária entre aqueles que negam a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (conforme, item 1.2 *supra*), e aqueles que sustentam a incidência direta destes direitos na esfera privada (conforme, item 1.3.1 *supra*).

Segundo a teoria da eficácia indireta, os direitos fundamentais não incidem nas relações entre entes privados como direitos subjetivos, de cunho constitucional, ou, "para usar uma terminologia da teoria axiológica dos direitos fundamentais, como sistema de valores ou uma ordem objetiva de valores".[90] Para os seus defensores, a

---

[87] PEREIRA, 2006, p. 465.
[88] SARMENTO, 2004, p. 258
[89] Denominada "*Grundrechte und Zivilrechtsprechung*".
[90] STEINMETZ, 2004, p. 138.

dimensão objetiva e valorativa das normas jusfundamentais não implica em sua incidência direta nas relações jurídico-privadas mas apenas implica na necessidade de que sejam eles levados em consideração pelo Estado no momento da criação legislativa e na interpretação do Direito Privado.[91]

A negação da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas justifica-se, segundo seus adeptos, em razão da possibilidade de extermínio da autonomia da vontade, com a desfiguração do Direito Privado, ao convertê-lo na concretização do Direito Constitucional. De acordo com os defensores desta concepção, a eficácia direta outorgaria um poder imensurável aos órgãos jurisdicionais, ante o grau de indeterminação das normas jusfundamentais, o que acabaria por comprometer a liberdade individual, que ficaria à mercê da discricionariedade dos juízes. Por tais razões, entende-se que a Constituição não investe os particulares de direitos subjetivos privados, mas que as cartas políticas trazem em si normas objetivas, cuja irradiação leva à impregnação do Direito Privado por valores constitucionais.[92]

Nas palavras do precursor dessa ordem de ideias, Günther Dürig: "o reconhecimento de uma eficácia direta no âmbito das relações entre particulares acabaria por gerar uma estatização do Direito Privado e um virtual esvaziamento da autonomia privada".[93]

Dürig admite, apenas, a necessidade da construção de pontes entre o Direito Privado e o Direito Constitucional, para a submissão daquele aos valores constitucionais. Tal conexão se daria sempre por intermédio de um órgão estatal, consoante descreve Jane Reis Gonçalves Pereira:

> Há sempre a necessidade de que um órgão estatal – este sim, destinatário direto das normas que reconhecem os direitos – atue como mediador da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado. Para essa vertente, limitar a atuação das pessoas privadas pelos mesmos preceitos que balizam a atividade estatal importaria em transformar os direitos em deveres, subvertendo seu significado.
> Nessa ordem de ideias, a eficácia das normas de direito fundamental nas relações entre particulares ocorre sempre de forma indireta ou imediata, no momento em que o legislador intervém, concretizando a norma constitucional, ou quando o juiz interpreta o direito privado à luz de valores projetados pelos

---

[91] PEREIRA, 2006, p. 467.
[92] SARMENTO, 2004, p. 258
[93] DURIG, Günter. Grundrechte und Zivilrechtsprechung. In: MAUNZ, Theodor. **Vom Bonner Grundgesetz zur gesammtdeutschen Verfassung – Feetschrift zum 75. Geburstag von Hans Nawiasky.** München: Isar Verlag, 1958, p. 183-184. Apud: SARLET, 2000, p. 123.

> direitos fundamentais, o que pode, em certos casos, justificar decisões contra o texto da lei.[94]

Deste modo, para os defensores da teoria da eficácia indireta, ao legislador privado caberia a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os entes privados, com a primazia do legislador em detrimento do juiz, o que conferiria "de um lado, maior segurança ao tráfico jurídico, e, por outro, conciliar-se-ia melhor com os princípios da democracia e da separação de poderes.".[95] Ao Judiciário, sobraria somente o papel de preencher as cláusulas gerais criadas pelo legislador e de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação de normas privadas incompatíveis com os direitos fundamentais.

Diversas decisão do Tribunal Constitucional Alemão marcam a concepção da eficácia indireta dos direitos fundamentais. Cita-se, a título de exemplo, decisão proferida no ano de 1972, que considerou inválida uma cláusula de um acordo de divórcio, pela qual o ex-cônjuge se comprometia a viver em cidade diversa do domicílio de sua antiga esposa, eis que, segundo a Corte, tal pacto violaria a cláusula geral dos bons costumes, que deveria ser interpretada para o fim de preservar o direito fundamental à liberdade de circulação e residência.[96]

Além da Alemanha, a orientação da eficácia ou indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares ganhou espaço em países como a Áustria e a França – neste último país, sempre houve certa timidez na invocação dos direitos fundamentais dotados de valor constitucional em controvérsias de caráter privado.

Assim como a teoria da eficácia direta, a concepção que defende a eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares sofreu críticas pelos estudiosos da matéria.

Para Thiago Luis de Souza Sombra, reconhecer a primazia à teoria da eficácia mediata por intermédio da ação estatal significa negar a própria *Drittwirkung,* porquanto impor a necessidade de prévia concretização do conteúdo normativo das cláusulas gerais ou dos conceitos indeterminados como condição de extensão dos

---

[94] PEREIRA, 2006, p. 467.
[95] SARMENTO, 2004, p. 241.
[96] Ibidem, p. 242.

direitos fundamentais às relações privadas representaria uma nítida inversão de valores.[97]

Em sentido semelhante, prenuncia Ubillos que confiar os direitos fundamentais ao Poder Legislativo poderia equivaler a negar o seu caráter que é fundado na própria ordem constitucional.[98] O autor se questiona se a intervenção do legislador seria, ou não, condição *sine qua non* para o reconhecimento dos direitos fundamentais.

Na mesma medida, Ubillos faz a crítica à necessidade de intermediação pelo Poder Judiciário. Para ele, essa dependência da prática judicial, mediante parâmetros interpretativos, não seria nada "além de uma pirueta, que intenta obnubilar a relevância imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.".[99]

Sob outra perspectiva, destaca Ingo W. Sarlet:

> Além disso, mais uma vez nos deparamos com um deslocamento de perspectiva: o fato de os direitos fundamentais vincularem (também) os particulares não se pode confundir com a função precípua do legislador no sentido de promover a sua concretização e de zelar pelo equacionamento dos conflitos entre direitos fundamentais no âmbito das relações interprivadas. Por outro lado, dificilmente poder-se-á aceitar uma "liberação" dos órgãos judiciais, mesmo quando se lhes atribui a competência de solver litígios entre particulares, de aplicarem diretamente as normas constitucionais, notadamente em se tratando de normas e garantias fundamentais.[100]

As versões primárias da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais passaram por algumas transformações, abrindo espaço a outras linhas estratégicas. Uma delas, denominada "teoria dos deveres de proteção", será abordada a seguir.

1.3.3. Teoria dos deveres de proteção

---

[97] "Em suma, é perfeitamente aplicável a conclusão segundo a qual a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, por intermédio da atividade judicial, conduz a um verdadeiro beco sem saída, sob a perspectiva eminentemente normativa dos direitos fundamentais. A *mittelbare Drittwirkun* consubstancia, de fato, uma construção artificial e artificiosa para afastar a eficácia direta dos direitos fundamentais". (SOMBRA, 2004, p. 181).

[98] BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 310.

[99] Ibidem Apud RAMOS, 2016, p. 296.

[100] SARLET, 2005, p. 238-239.

Partindo dos pressupostos teóricos presentes na base da concepção da eficácia indireta dos direitos fundamentais, a teoria dos “deveres de proteção”, encabeçada por autores como Joseph Isensee, Stefan Oeter, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris, está conectada à ideia de vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, pressupondo que o Estado não apenas deve se abster de violar estes direitos, mas possui, também, o dever de atuar positivamente, promovendo-os e protegendo-os de qualquer ameaça, inclusive daquelas provenientes dos entes privados.

Segundo eles, os deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais seria a forma mais exata para solucionar a questão da projeção destes direitos na seara privada. Para os defensores dessa concepção, a melhor forma de fundamentar e resolver o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas continua sendo através do Estado, “cuidando-se, à evidência, de uma proteção que – em regra – ocorre de forma mediata, notadamente levada a efeito pelo legislador e, subsidiariamente, pelos órgãos do Poder Judiciário.”.[101]

Tal solução, também proveniente da Alemanha, supõe a impossibilidade de as disposições constitucionais solucionarem diretamente um conflito entre particulares, partindo da premissa de que os direitos fundamentais se dirigem primordialmente ao Estado.[102]

A concepção dos “direitos de proteção”, segundo Jane Reis G. Pereira, liga-se “à imposição ao legislador de desenvolver e tutelar os direitos fundamentais – criminalizando condutas, estabelecendo limites à liberdade negocial, etc. –, bem como ao dever dos juízes de promover a sua efetivação por meio da atividade hermenêutica.".[103] O Estado, sob tal perspectiva, teria o dever de fazer com que os cidadãos respeitem os direitos fundamentais, de modo que o titular de um direito fundamental é também titular de um direito subjetivo à proteção do Estado contra a violação por terceiros.[104]

Assim como nas teorias acimas elucidadas, há uma importante decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre os deveres de proteção. No caso, a Corte reconheceu que a validade de acordos em que há renúncia ou restrição de direitos

---

[101] SARLET, 2005, p. 215-216.
[102] RAMOS, 2016, p. 295.
[103] PEREIRA, 2006, p. 469.
[104] Ibidem, loc. cit..

fundamentais pressupõe a liberdade no consentimento da parte prejudicada, o que exigiria a verificação de que esta se encontrava, no momento da celebração do contrato, em uma situação de desequilíbrio de forças em relação à contraparte.[105]

Na mesma esteira das demais concepções, a teoria se sujeita a críticas de diversas procedências, como sumariza Daniel Sarmento:

> Afirma-se que a teoria dos deveres de proteção encobre o fato de que, no contexto da sociedade contemporânea, só por mero preconceito se pode excluir os particulares, sobretudo os detentores de posição de poder social, de qualidade de destinatários de direitos fundamentais. Ademais, a referida teoria, tal como a da eficácia indireta acima comentada, torna a proteção dos direitos fundamentais na esfera privada refém da vontade incerta do legislador ordinário, negando a eles uma proteção adequada, compatível com a sua fundamentalidade.[106]

Em sua essência, portanto, a teoria dos deveres de proteção também afasta a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, advogando pela intermediação do órgão estatal.

1.3.4. Teoria da convergência estatista

Para além das concepções da eficácia imediata e mediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, existe outra teoria que trata do assunto, a qual, por sua relativa projeção, será brevemente explanada.

Trata-se da teoria da "convergência estatista", originalmente desenvolvida por Jürgen Schwabe, na Alemanha. Schwabe nega a eficácia tanto direta, quanto indireta dos direitos fundamentais no cenário jurídico-privado, eis que, segundo ele, é sempre o Estado o responsável último pelas violações às normas jusfundamentais, razão pela qual "toda a discussão em torno da *Drittwirkung* na doutrina ou na jurisprudência constituiria um grande equívoco, ou um problema meramente aparente". [107]

Para Schwabe, mesmo no âmbito privado, cuida-se, em última análise, de uma defesa contra ingerências estatais, ainda que provocada por entes particulares, de tal maneira que se trata sempre de um problema envolvendo a vinculação direta

---

[105] SARMENTO, 2004, p. 261.
[106] Ibidem, p. 261-262.
[107] Ibidem, p. 262.

do Legislador e da jurisdição civil, sendo, por isso, dispensável uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.[108]

Para Daniel Sarmento, contudo, a construção proposta por Schwabe assenta-se sobre premissas frágeis, sendo facilmente refutável: primeiramente, porque é totalitária, na medida em que parte do pressuposto de que a autonomia privada decorre de uma autorização estatal; por outro lado, porque não parece escorreito imputar ao Estado todas as condutas humanas, só porque ele não as impediu; além disso, para ele, não faz sentido atribuir ao ente estatal uma violação de direitos fundamentais gerada por um particular sem pressupor que aquele particular esteja vinculado ao direito violado.[109]

Alguns autores, como Ingo W. Sarlet, apontam pontos de contato entre a teoria da convergência estatista e a teoria da *state action* (esta última já vista no decorrer deste trabalho). Para ele, ambas as doutrinas não deixam de buscar uma solução para o problema das agressões aos direitos fundamentais provenientes de particulares, mas acabam por equiparar essa atuação à ação do Estado ou, ainda, imputam ao Estado esse comportamento que, em verdade, é proveniente dos entes privados.[110]

1.3.5. Um novo caminho para a problemática: aceitação de modos plurais de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

Como visto nos itens antecedentes, todos os modelos tradicionais de aplicação de direitos fundamentais nas relações entre particulares sofreram críticas por parte dos estudiosos do assunto. A principal crítica, todavia, talvez seja o fato de que todas as teorias possuem uma *pretensão de plenitude,* eis que visam dar uma resposta completa e definitiva a um fenômeno que é multifacetado.[111]

---

[108] SARLET, 2005, p. 224.
[109] SARMENTO, 2004, p. 263.
[110] SARLET, Op. cit., p. 226.
[111] FACHIN, M.; PAULINI, 2008, p. 207.

Nesse sentido, é possível afirmar que as teorias são de fato concorrentes? Existe entre elas irremediável incompatibilidade? Não é possível repensá-las em um quadro teórico mais genérico no qual elas se tornem complementares?

De literatura especializada, colhe-se a tentativa de compreender melhor o problema do modo de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas partindo-se da aceitação de que, conforme as circunstâncias fáticas e a natureza do direito fundamental em questão, é possível que sejam adotadas soluções diferenciadas.[112]

Com efeito, para Bilbao Ubillos, o verdadeiro problema não é o modo de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre entes privados (se direta ou indireta), mas sim "coordenar e harmonizar essa vigência [eficácia] com os princípios e os valores específicos do Direito Privado presentes em cada caso".[113] Por isto é que, no presente trabalho, adota-se a metodologia proposta por Canotilho, sumarizada por Melina Fachin e Umberto Paulini[114], na qual se apresentam cinco grupos ou constelações de configurações jurídicas em que as normas jusfundamentais tornam-se presentes no âmbito privado.

A primeira delas é a da *eficácia consagrada na Constituição,* que se aplica aos casos em que as normas consagradoras de direitos fundamentais, por si só, estabelecem a eficácia destes direitos na ordem jurídico-privada, de modo que, nestas hipóteses, a eficácia é direta, podendo os particulares, nas suas relações privadas, apelarem imediatamente para as normas jusfundamentais. Enquadram-se nesta categoria os direitos fundamentais que não fariam sentido se não pudessem ser imediatamente aplicados em relações privadas, como, por exemplo, o direito à indenização por dano moral e a liberdade de expressão.[115]

A segunda categoria é a da *eficácia através da mediação do legislador,* em que o legislador ordinário, ao regular as disposições legais de Direito Privado, atua de forma vinculada aos direitos fundamentais.

---

[112] "A distinção entre a eficácia direta e indireta não pode ser vista apenas em preto e branco". Tradução livre de: "*The distinction between direct and indirect effect cannot be seen only in black and white*." (MAK, 2008, p. 55.)

[113] BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997a, p. 337

[114] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed.. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1289. Apud. FACHIN, M.; PAULINI, 2008, p. 207.

[115] FACHIN, M.; PAULINI, 2008, p. 208.

A terceira constelação é a da *eficácia mediada pelo magistrado*. Aqui, como consequência direta do princípio da supremacia da Constituição, o Poder Judiciário "deve interpretar as normas de Direito Privado em conformidade com os direitos fundamentais, bem como, se for o caso, declarar a inconstitucionalidade da lei violadora de direitos fundamentais.".[116] Além disso, abre-se espaço de aplicação dos direitos fundamentais através das cláusulas gerais, como a ordem pública, a boa-fé, a função social, etc.

O quarto grupo é o da *eficácia perante os* "*poderes privados*", que trata daquelas situações em que há o domínio de um ente privado sobre outro, ensejando uma situação de desigualdade entre as partes. Para Canotilho, nestas hipóteses, os direitos fundamentais devem atuar em grau máximo de proteção, não apenas como direitos subjetivos, mas na sua faceta objetiva, funcionando como valores da ordem jurídica como um todo.[117]

O quinto e último grupo é, em verdade, um limite à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Trata-se do *espaço de liberdade do indivíduo.* Segundo Canotilho, existiria um núcleo irredutível de autonomia pessoal, esfera na qual os *direitos fundamentais* não incidiriam.[118] Neste ponto, entretanto, o raciocínio do jurista lusitano deve ser encarado com certas ressalvas. É que não existe um centro de liberdade alheio aos demais direitos fundamentais, uma vez que toda a ordem jurídica está comprometida com a realização do programa constitucional.[119]

Estabelecidas, portanto, as premissas teóricas do tema abordado neste capítulo, desloca-se ao último item deste capítulo, consistente na visão *concretizadora* da eficácia dos direitos fundamentais no tráfego jurídico-privado.

1.4. A APLICAÇÃO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES NO ÂMBITO JURISPRUDENCIAL ALEMÃO, NORTE-AMERICANO E BRASILEIRO

[116] FACHIN, M.; PAULINI, 2008, p. 209.
[117] CANOTILHO, 2003, p. 1293. Apud. FACHIN, M.; PAULINI, 2008, p. 210-211.
[118] FACHIN, M.; PAULINI, Op. cit., p. 211
[119] Ibidem, loc. cit..

Uma vez expostas as nuances teóricas do tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, faz-se imprescindível a sua abordagem sob a perspectiva da atuação concreta do Poder Judiciário, a qual permitirá uma compreensão sistêmica e realista da temática.

Tal incursão no "mundo-real" tem grande importância, pois, como bem aponta Vera Ribeiro de Almeida ao tratar do estudo do Direito na realidade brasileira:

> Para tomar o direito como objeto de estudo, é preciso compreender como o mundo jurídico age e interage com o campo social, a fim de se compreender, por exemplo, as classificações obtidas da luta pelo monopólio do direito e suas implicações. Esta análise permite apontar que, no sistema jurídico brasileiro, a multiplicidade de interpretações resultantes da construção do saber jurídico (originária da disputa pelo prestígio de dizer o direito), caracterizada pelo dissenso, impede que o sentido ou significado da norma seja compactibilizado tanto pelos operadores do campo jurídico, quanto pelos cidadãos, implicando em tratamentos distintos, mesmo quando idênticas as demandas examinadas.[120]

Desta feita, justamente porque o Direito destoa da prática dos seus usuários e porque o tratamento a pessoas na mesma situação "legal" pode se dar de formas distintas em razão das relações de poder presentes no seio da sociedade, é que a pesquisa empírica, como a análise de autos processuais e de decisões judiciais, serve para complementar ou, muitas vezes, sobrepor o discurso doutrinário e legal.[121]

Tais motivos justificam a escolha feita no presente trabalho de examinar as decisões judiciais sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre entes particulares, elegendo-se como paradigmas decisões das Cortes germânicas e norte-americanas – que possuem decisões importantes sobre a teoria em análise –, bem como decisões do Supremo Tribunal Federal, com o fito de se verificar como a temática vem sendo tratada no Brasil.

1.4.1. A jurisprudência alemã

[120] ALMEIDA, Vera Ribeiro de. Qual é a contribuição do debate com as ciências sociais para a pesquisa jurídica brasileira? Uma análise a partir da experiência empírica junto aos juizados criminais especiais cariocas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, jul. 2014, p. 50.
[121] Ibidem, p. 55.

Como visto, a tese que admite a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas foi concebida originalmente no seio do constitucionalismo germânico, no qual as formulações sobre o tema foram desenvolvidas. A jurisprudência das Cortes da Alemanha e, principalmente, da Corte Constitucional Federal, nesse contexto, é "paradigmática para todos os sistemas constitucionais do tipo das democracias ocidentais em face, sobretudo, de seu papel histórico e político assumido desde sua criação".[122]

Além da já mencionada decisão proferida pela Corte Constitucional no famoso Caso Lüth, outras decisões dos Tribunais germânicos são consideradas paradigmáticas quanto ao tema analisado neste capítulo.

Cita-se, em primeiro lugar, o caso *Blinkfüer* (BVerfGE 25, 256), julgado pela Corte Constitucional Federal em 1969[123]. Nesse caso, o editor e chefe de redação do semanário *Blinkfüer* ajuizou uma ação contra os conglomerados editoriais da *Axel Springer* e *Die Welt,* requerendo a condenação destes ao pagamento de indenização por perdas e danos, causados por um boicote ao pequeno jornal. As editoras, por razões políticas (no auge da Guerra Fria), estavam ameaçando interromper a entrega de seus principais produtos de mídia escrita (jornais e revistas) aos jornaleiros que aceitassem vender o *Blinkfüer*.

Todas as instâncias ordinárias e o Tribunal Federal (BGH) entenderam que o boicote, a exemplo do caso Lüth, era abrangido pelo direito fundamental à liberdade de expressão, julgando a ação improcedente. Foi apresentada, então, Reclamação Constitucional ao Tribunal Constitucional Federal, que a julgou procedente, realizando uma ponderação entre os exercícios das liberdades de imprensa em colisão e arguindo a obrigação dos juízes de proteger os direitos fundamentais nas relações privadas, através de uma interpretação das cláusulas gerais do Direito Civil fundada nos valores constitucionais.

A Corte Constitucional, pressupondo a situação de desigualdade fática entre as partes, ante o poderio econômico dos conglomerados editoriais da *Axel Springer* e *Die Welt*, consignou que:

---

[122] DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 248.

[123] Caso extraído das obras "Direitos fundamentais e relações privadas" de Daniel Sarmento e "Teoria geral dos direitos fundamentais" de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (SARMENTO, 2004; DIMOULIS; MARTINS, Op. cit.).

> O processo movido nas instâncias ordinárias correspondia a uma lide cível que deveria ser decidida com base no ordenamento jurídico de direito privado. O ordenamento axiológico objetivo constituído pela *Grundgesetz* influencia, entretanto, a interpretação dessas normas [...].
> Certamente, os órgãos da imprensa não podem, a princípio, evocar a liberdade de imprensa em face do exercício da liberdade de outrem, fundamentando-o tão somente em desvantagens econômicas, quanto têm que aceita-las. As liberdades de expressão e imprensa têm por fim proteger a livre atividade intelectual e o processo de formação de opinião na democracia livre, elas não servem à garantia de interesses econômicos. Mas, para a proteção da instituição da imprensa livre, há de se assegurar a independência de seus órgãos contra grupos de alto poderio econômico que se valham de meios inadequados para a composição e distribuição de produtos da imprensa. Para o alcance do objetivo da liberdade de imprensa, qual seja, a facilitação e a garantia da formação de uma opinião pública livre, exige-se que a imprensa seja protegida contra tentativas de se destruir a concorrência das opiniões por meio dos instrumentos da pressão econômica. O boicote ao semanário *Blinkfüer* violou essa liberdade garantida constitucionalmente. [...] O comportamento dos réus dirigia-se contra a liberdade de noticiar, coibindo a livre circulação de informações pela aplicação de meios principalmente econômicos.[124]

Do trecho acima transcrito, denota que o Tribunal Constitucional Alemão, partindo da tese desenvolvida no caso Lüth, segundo a qual o Direito Privado deve ser integralmente interpretado à luz dos direitos fundamentais (no caso, o §823, I, do Código Civil Alemão à época, que previa a reparação de danos em caso de ofensa a um direito), reconheceu a violação a um direito fundamental por um particular e deu ganho de causa a *Blinkfüer* pelos danos sofridos em razão do boicote.

Além da Corte Constitucional Federal, outras Cortes germânicas acolheram a tese da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A Corte Federal de Justiça, por exemplo, tem dois importantes casos sobre o assunto.

Em um deles, a controvérsia girava em torno da legalidade da conduta de um jornal local que publicou uma carta escrita por um advogado a seu cliente, como se fosse expressão do seu próprio pensamento. A Corte entendeu que houve ofensa aos *direitos da personalidade* do advogado, cuja proteção é contemplada na Lei Fundamental. Os julgadores acabaram por mesclar preceitos civis (823, BGB) e constitucionais (art. 1 c/c art. 2, alínea 1), acolhendo a pretensão do advogado para determinar a publicação de uma nota pelo jornal local, com a informação de que que a carta anteriormente publicada não era a expressão de seu próprio pensamento, mas

[124] DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 291, 294-295.

havia sido redigida em um contexto profissional, no exercício da função de advogado.[125]

Em distinta ocasião, o Tribunal consignou que a mudança de religião por um dos cônjuges não poderia configurar culpa pelo fim do casamento, eis que, segundo seu entendimento, a liberdade de crença projeta-se na relação entre os particulares no âmbito matrimonial.[126]

Como se vê, a jurisprudência proveniente do Poder Judiciário da Alemanha não encontra problemas em admitir a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, servindo de referência para os órgãos jurisdicionais ao redor do mundo.

1.4.2. A jurisprudência norte-americana

Os Estados Unidos também contam com significativas decisões acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, contudo, como anteriormente explanado, a Suprema Corte tende a reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas apenas quando o ato lesivo é praticado com alguma participação ou influência do Estado, bem como, quando os poderem privados mostram-se semelhantes à atuação estatal.[127]

Um dos casos julgados pela Suprema Corte que envolveu a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi o *Marsh vs. Alabama*: Marsh, pregadora da religião "Testemunhas de Jeová", distribuía panfletos em um vilarejo construído sobre terrenos de propriedade da empresa *Guilf Shipbuilding Company*, a qual administrava o local. A religiosa, apesar de advertida de que não poderia continuar a pregação sem autorização da empresa, ignorou a ordem, recusando-se a deixar a cidade, sendo presa e condenada com fulcro em uma lei do Alabama, a qual tipificava penalmente a entrada ou permanência de pessoas na propriedade alheia sem autorização. A Suprema Corte anulou a condenação, sob o entendimento de que

---

[125] ALEMANHA. Corte Federal de Justiça. Decisão da Corte Federal de Justiça em matéria de Direito Civil (BGHZ) 13, 334, 25 de maio de 1954. Apud. PEREIRA, 2006, p. 472.
[126] Ibidem, loc. cit..
[127] PEREIRA, 2006, p. 477.

a empresa, como atuava como poder público, devia obediência ao direito fundamental à liberdade religiosa.[128]

Em outro caso a Suprema Corte recorreu à existência de uma conexão entre a ação do ente privado e do Estado para fazer os direitos fundamentais incidirem nas relações entre particulares: no julgamento do caso *Shelley vs. Kraemer*, o Tribunal entendeu ser um atentado ao princípio da igualdade a intervenção estatal no sentido de promover a execução forçada de acordos restritivos quanto a raças (*racially restrictive covenants*) provenientes do mercado imobiliário – acordos estes que consistiam em disposições contratuais que obrigavam o adquirente de um imóvel a não vendê-lo ou alugá-lo a pessoas de determinada raça ou nacionalidade.[129]

Assim como nos casos descritos, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas nos Estados Unidos pelo Poder Judiciário se dá em duas hipóteses principais: quando há o exercício, por um sujeito privado, de uma função típica do Estado e quando as circunstâncias permitem vincular uma ação estatal à conduta de um ente privado.

1.4.3. A jurisprudência brasileira

A jurisprudência nacional, assim como a doutrina, tem se orientado no sentido de reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de caráter privado. Contudo, não existe na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal um debate efetivo acerca do fundamento e dos limites dessa vinculação.

De início, trazemos à baila três casos decididos pelo STF, julgados após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que são apontados pela doutrina nacional como paradigmáticos quanto ao assunto em análise.

O primeiro dos acórdãos do Supremo que tangencia sobre o tema diz respeito à expulsão de associados de cooperativa por deliberação da Assembleia Geral, em um contexto em que as regras estatutárias alusivas à defesa não foram observadas. No Recurso Extraordinário nº 158.215 proveniente do Rio Grande do Sul, em que figurou como Relator o Ministro Marco Aurélio, a Segunda Turma do STF decidiu que

---

[128] PEREIRA, 2006, p. 480.
[129] Ibidem, p. 481.

o ato de exclusão praticado pela entidade privada não deveria se furtar à observância do direito fundamental ao devido processo legal, a fim de assegurar a ampla defesa dos associados excluídos. Nos termos da ementa do julgado:

> COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.[130]

Ao julgar o caso, o Supremo Tribunal Federal aplicou, de forma direta, a garantia do devido processo legal à relação estabelecida entre particulares. Com efeito, a decisão afasta a linha de entendimento que preconiza a necessidade de uma intermediação entre Estado e indivíduo, para que se possam aplicar os direitos fundamentais.

Pouco tempo depois, a mesma Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal apreciou outro caso que envolvia o tema em análise. Cuidava-se de reclamação trabalhista apresentada por um empregado brasileiro, que trabalhava na empresa aérea *Air France*, objetivando o reconhecimento dos direitos trabalhistas assegurados no Estatuto Pessoal da Empresa, o qual, *a priori*, era aplicado apenas aos empregados de nacionalidade francesa. Na oportunidade, o STF entendeu pela violação ao direito fundamental à igualdade, porquanto a discriminação baseada na nacionalidade seria injustificada, na medida em que os funcionários franceses não exerciam tarefas diferenciadas em relação aos brasileiros. Nos termos decididos pela Corte Constitucional:

> CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo,

[130] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 158.215/RS, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 14 de abril de 1996.

> a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF [...].[131]

No ano de 2006, no julgamento do Recurso Extraordinário n 201.819/RJ, o Supremo analisou novamente o tema da exclusão de associado (no caso, da União Brasileira de Compositores) sem o devido processo legal. Neste caso em específico, contudo, não havia previsão estatutária acerca do direito de defesa dos associados excluídos. A par disto, nesta ocasião, a Corte aderiu expressamente à teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Após a suscitação de divergência pelo Ministro Gilmar Mendes, o STF preconizou que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal devem ser aplicados nas relações entre particulares, inclusive naquelas que envolvem pessoas jurídicas privadas e pessoas físicas. O Ministro salientou que o Supremo Tribunal Federal já possuía histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada à vinculados dos particulares aos direitos fundamentais.

Por maioria, concluiu a Corte Constitucional que a exclusão do associado sem que fosse oportunizado a exposição de defesa violaria o princípio do contraditório e da ampla defesa previsto na Constituição Federal, destacando-se, ainda, o caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios:

> SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em

[131] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 161.243, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Carlos Velloso, Brasília, DF, 29 de outubro de 1996.

> detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).[132]

Neste último caso, o Supremo Tribunal Federal consagrou, de modo expresso, a orientação favorável à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Além desses três casos paradigmáticos na jurisprudência do Supremo, há outras decisões em que a Corte Constitucional enfrentou o tema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Em acórdão proferido no ano de 2009, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130-7, cujo objeto de análise era a Lei de Imprensa, o Supremo Tribunal Federal chancelou o direito de resposta, que consiste na faculdade de replicar ou retificar matéria publicada, aplicando, em relações privadas, o direito previsto no art. 5º, inc. V, da Constituição Federal, que é uma norma “de eficácia plena e aplicabilidade imediata”.[133]

---

[132] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 201.819, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie, Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, 11 de outubro de 2005.

[133] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-1, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Ayres Britto, em 30 de abril de 2009. Apud SCHREIBER, 2013, p. 81.

Mais recentemente, no ano de 2013, em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, reconheceu-se a união homoafetiva como entidade familiar, com todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher, consagrados no art. 226, § 3º da Constituição Brasileira e no art. 1.723 do Código Civil.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF nº 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Visava, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que a Suprema Corte aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

Seguido pelos demais Ministros do Supremo, o Ministro Relator das ações, Ayres Britto, votou no sentido interpretar a norma do art. 1.723 do Código Civil Brasileiro conforme a Constituição Federal de 1988, a fim de excluir qualquer significado do dispositivo legal que pudesse impedir que a união entre pessoas do mesmo sexo fosse reconhecida como entidade familiar:

> O sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos" (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).
> […]
> Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. A teor do §1º do art. 5º da nossa Lei Maior […] se deduz que a liberdade sexual do ser humano somente deixaria de se inscrever no âmbito de incidência desses últimos dispositivos constitucionais (inciso X e §1º do art. 5º), se houvesse

> enunciação igualmente constitucional em sentido diverso. Coisa que não existe.
> […]
> Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", entendida esta como sinônimo perfeito de "família". Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.[134]

No acórdão em questão, o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas foi tratado sob o viés da interpretação de normas ordinárias de caráter privado, para que estas atendam aos vetores axiológicos previstos na Constituição Federal. Como bem destacou o Ministro Luiz Fux em seu voto, os direitos fundamentais são "decisões valorativas de cunho objetivo da Constituição, espraiando sua eficácia sobre todo o direito positivo, de modo a orientar o exercício das funções legislativa, administrativa e judiciária".

Assim, seja através da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, seja através da aplicação indireta, pelo intermédio da interpretação de normas de cunho privado, é possível concluir que a jurisprudência brasileira, aqui representada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, vem aplicando os direitos fundamentais nas relações entre particulares.

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, contudo, não é um tema meramente teórico ou de caráter essencialmente jurisdicional. Como se verá adiante – nos próximos capítulos deste trabalho –, os próprios entes privados optam por se comprometer a respeitar e promover os direitos humanos fundamentais, em suas relações interprivadas, principalmente no âmbito empresarial.

---

[134] BRASIL, Superior Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental n. 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.227 (Rio de Janeiro) do Plenário do Superior Tribunal Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011.

CAPÍTULO II. OS DIREITOS HUMANOS E AS EMPRESAS: UMA POSSÍVEL RELAÇÃO

Proteger, respeitar e reparar.
Organização das Nações Unidas.

Feitas as digressões necessárias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, dá-se um passo adiante, com a abordagem da relação entre as empresas[135] e os direitos relacionados à dignidade da pessoa humana.

O debate sobre o tema surgiu como resposta às graves violações cometidas por empresas aos direitos humanos, principalmente com o fenômeno da globalização econômica. É recorrente vermos (ainda hoje) nos noticiários casos de abusos aos direitos humanos relacionados à atividade empresarial, como a utilização de mão de obra infantil ou a destruição do meio ambiente.[136]

Tal conjectura desencadeou ações por órgãos nacionais e internacionais, além da organização da própria sociedade civil, que passaram a adotar medidas para evitar e punir o abuso e as violações cometidas pelas empresas.

Como reflexo deste movimento, as próprias empresas, de modo voluntário, passaram a se preocupar com a proteção e a promoção dos direitos humanos,

---

[135] Não se desconhece que no ordenamento jurídico brasileiro o termo "empresa" é referido como "atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens". Entretanto, no presente trabalho, a palavra será utilizada para fazer referência à *instituição empresa,* como organização composta por pessoas e bens e que tem por objetivo o exercício de uma atividade econômica. Nos termos explicitados por Maria Helena Diniz: "Empresa é uma instituição jurídica despersonalizada, caracterizada pela atividade econômica organizada, ou unitariamente estruturada, destinada à produção ou circulação de bens ou de serviços para o mercado ou à intermediação deles no circuito econômico, pondo em funcionamento o estabelecimento a que se vincula, por meio do empresário individual ou societário, ente personalizado, que a representa no mundo negocial." (DINIZ, Maria Helena. **Lições de Direito Empresarial**. 1 ed.. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 13).

[136] Sobre as violações aos direitos humanos desencadeadas pelas atividades empresariais, aduz Matthias Herdergen: " Em vários casos, as corporações transnacionais foram acusadas de ter violado direitos humanos, indiretamente ou mesmo por ação direta. Violações indiretas aos direitos humanos podem decorrer de cumplicidade com o governo anfitrião ou com outras empresas em uma cadeia de fornecedores. A maioria dessas empresas transnacionais atuam como investidoras em países com um histórico pobre de proteção aos direitos humanos, que possuem um governo fraco ou conflitos civis. A exploração dos recursos naturais parece ser particularmente suscetível a violações dos direitos humanos em tais países". Tradução livre de: "*In a number of cases, TNC [transnational corporations] were accused of having violated human rights, indirectly or even by direct action. Indirect entanglements with human rights violations may flow from complicity with the host government or dealings with other companies in a supply chain. Most of these companies relate to the role of TNC as investors in countries with a poor human rights record, with a weak government, or civil strife. The exploitation of natural resources seems to be particularly susceptible to human rights violations in such countries.*" (HERDERGEN, Matthias. **Principles of International Economic Law.** Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 108).

atuando de maneira eticamente responsável. Sob a nomenclatura da Responsabilidade Social Corporativa, as empresas adotaram a linguagem dos direitos humanos em suas relações e operações internas e externas, visando mitigar ou prevenir os prejuízos por elas causados.

O presente capítulo, dessa maneira, objetiva analisar a relação entre as empresas e os direitos humanos, demonstrando de que forma a proteção e promoção destes direitos passaram a ser obrigações assumidas pelas corporações. Em um primeiro momento, aborda-se o fenômeno da globalização e como este contribuiu para o debate sobre "empresas e direitos humanos"; no subcapitulo 2 analisa-se a abordagem feita por órgãos internacionais sobre o tema, em especial pela Organização das Nações Unidas; em seguida, estuda-se os Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos – instrumento normativo de maior importância quanto ao assunto e; por fim, expõem-se as iniciativas adotadas pelas empresas para proteger e promover os direitos humanos.

2.1. A GLOBALIZAÇÃO, A NOVA ORDEM GLOBAL E A RELAÇÃO ENTRE AS EMPRESAS E OS DIREITOS HUMANOS

Há alguns anos, a atividade comercial e os direitos humanos eram searas tão autônomas e destacadas, que chegavam a ser vistas como totalmente contraditórias.[137] Economistas renomados, como Milton Friedman, chegavam a dizer que "*the business of business is business*".[138]

Os direitos humanos eram encarados como uma responsabilidade do poder estatal e de suas políticas públicas, de modo que os particulares (neste contexto, as empresas) não poderiam ou deveriam interferir[139]. Com efeito, as normas de direito

---

[137] "A visão ética dos negócios na maior parte da história tem sido quase totalmente negativa [...]. Muito recentemente, é que uma maneira mais moral e mais respeitável de ver os negócios começou a dominar o âmbito comercial". Tradução livre de: "*The ethical view of business for most of history has been almost wholly negative [...]. It is only very recently that a more moral and a more honorable way of viewing business has begun to dominate business talk.*" (FERNANDO, Emmanuel Q.. **Business law and ethics**. Manila, Philippines: Rex Book Store, 2012, p. 361-362).

[138] FRIEDMAN, Milton. The social responsibility of business to increase its profits. **The New York Times Magazine**, New York, 13 set. 1970. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/article-15-no-title.html>; Acesso em: 28 set. 2017.

[139] "Os direitos humanos eram vistos como pertencentes às responsabilidades dos governos e não das companhias, e as violações aos direitos humanos eram vistas como matéria de políticas internas, nas

internacional e, também, os ordenamentos jurídicos nacionais preconizavam a salvaguarda destes direitos a partir da imposição de barreiras aos abusos do Estado, em uma direção "vertical"[140], o que acabava por isentar as corporações transnacionais e as suas atividades comerciais.[141]

Todavia, como visto no Capítulo I deste trabalho, os direitos fundamentais passaram a vincular, além dos Estados, os entes particulares. No âmbito empresarial, com o avanço da globalização e com o impacto de seus efeitos colaterais negativos, a proteção e promoção dos direitos humanos e fundamentais passaram a ser encarados como um papel a ser assumido, de forma voluntária, pelas empresas.

O quadro até então existente no que concerne "às empresas e aos direitos humanos"[142] mudou diametralmente.

A nova ordem global transformou não só as relações econômicas – aspecto que mais importa ao fim deste estudo –, mas também as relações sociais e políticas.[143]

---

quais as companhias não deveriam, a princípio, intervir". Tradução livre de: "*Human rights were seen as belonging to the realm of government concerns, not of companies, and human rights violations as internal political issues, with which companies should not, on principle, interfere.*" (LEISINGER, Benjamin. SCHWENZER, Ingeborg. Ethical values and international sales contracts. In CRANSTON, Ross; RAMBER Jan; ZIEGEL Jacob. **Commercial Law Challenges in the 21ª Century**. Uppsala, Sweden: Iustus Förlag, 2007, p. 250).

[140] O termo aqui é adotado com ressalvas, como exposto no Capítulo 1.

[141] É o que destaca Manfred Nowak: "De acordo com o direito internacional tradicional, somente os Estados soberanos podem ser responsabilizados diretamente pelas violações dos direitos humanos. Os atores não-estatais (como rebeldes, organizações de guerrilhas, corporações transnacionais e organizações criminosas) ou indivíduos não são responsáveis por tais violações. Sempre que os atores não-estatais violam os direitos humanos, somente os estados envolvidos podem adotar medidas legais e serem obrigados a cessar tais violações tomando medidas nacionais adequadas. [...]. Como o processo de globalização, sob as condições do neoliberalismo, tende a aumentar ainda mais o poder dos atores não-estatais à custa do poder governamental, tais limitações do direito internacional representam um grave problema estrutural e, ao mesmo tempo, são um grande desafio para o sistema internacional de direitos humanos do século XXI." Tradução livre de: "*According to traditional international law, only sovereign states can be held directly responsible for human rights violations. Non-state actors (such as rebels, guerilla organizations, transnational corporations and criminal organizations) or individuals are not answerable to such violations. Whenever non-state actors are found to violate human rights, only the states concerned are liable to legal action and may be obliged to put an end to such violations by taking appropriate national measures. […]. As the process of globalization under the conditions of neo-liberalism tends to further increase the power of non-state actors at the expense of governmental power, such limitations of international law pose a serious structural problem and at the same time are a major challenge for the international human rights system of the 21st century.*" (NOWAK, Manfred. **Introduction to the International Human Rights Regime**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 54).

[142] Referência à conhecida expressão "*business and human rights*" adotada na literatura especializada sobre o assunto.

[143] O fenômeno da globalização pode ser analisado sob diversos ângulos, especialmente nos campos: econômico, social, político, cultural e financeiro (BENACCHIO, Marcelo; VAILATTI, Diogo Basílico. Empresas Transnacionais, globalização e direitos humanos. In: BENACCHIO, Marcelo (coord.); VAILATTI, Diogo Basílio; DOMINIQUINI Eliete Doretto (orgs.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. Curitiba: CRV, 2016, p. 15.)

Boaventura de Sousa Santos, ao discorrer sobre a globalização, aponta a erosão seletiva do Estado-nação e o surgimento da sociedade civil global, do governo global e da equidade global.[144] O autor, em busca de uma definição de globalização sensível às dimensões sociais, políticas e culturais, defende a existência não de uma, mas de diversas "globalizações", enquanto feixes de relações sociais, que envolvem conflitos e, por isso, vencedores e vencidos[145]. Para ele, a globalização seria o "processo pelo qual determinada condição ou entidade local consegue estender a sua influência a todo globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival.".[146]

Zygmunt Bauman, quando discorre sobre a nova ordem global instaurada no pós-guerra, destaca as mudanças ocorridas dos séculos passados para os dias atuais: os sistemas de poderes locais, mantidos por Estados-nações, deu espaço às potências privadas globais. A superação das fronteiras físicas e a influência de atores "não-estatais" nas relações entre Estados ensejou "a redistribuição mundial de soberania, poder e liberdade de agir"[147], desencadeada, também, pelo salto radical na tecnologia da velocidade.[148]

John Gray, por sua vez, encara a globalização como "a expansão mundial da produção industrial e de novas tecnologias promovida pela mobilidade irrestrita do capital e a total liberdade de comércio"[149], espectro este acabou por desencadear inúmeros fenômenos, como ilustra Fernanda Schaefer:

> A unificação de mercados financeiros; regionalização do mercado econômico e formação de blocos regionais; generalização de associações entre empresas transnacionais (agentes do mercado global); coordenação das principais políticas econômicas; grande mobilidade das empresas transnacionais e, por consequência, uma

---

144 SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. **Revista Crítica da Ciências Sociais**, Coimbra, n. 48, jun. 2007, p. 13.
145 Ibidem, p. 14.
146 SANTOS, Op. cit., p. 14.
147 BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999, p. 67 e 68.
148 "É possível, portanto, concluir que duas tendências acompanharam o desenvolvimento da globalização econômica, e hoje, assim como o referido fenômeno, também são consideradas irreversíveis: i) a tendência de diminuição da capacidade de controle dos Estados soberanos, sendo possível falar em uma introversão do pensamento nacional de soberania; e ii) a tendência de redistribuição mundial da soberania, como a consequente expansão subjetiva do DIP, marcada pelo surgimento e incremento da capacidade dos atores não estatais." (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional – Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 23.)
149 GRAY, John. **Falso amanhecer: os equívocos do capitalismo global**. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 16.

> nova divisão internacional do trabalho (flexibilização das relações de trabalho); contribui para o declínio dos Estados-Nação (miniaturização dos Estados com ocupação dos espaços públicos por entes privados); conquistas sociais do Estado-Nação vão sendo suprimidas (os direitos sociais deixam de ser uma conquista para serem considerados um privilégio); há o esvaziamento dos espaços públicos e as fronteiras territoriais começam a perder importância em benefício dos centros decisórios supranacionais.[150]

Sob tal perspectiva, é a essência da globalização, consistente na mudança da dimensão espacial das relações humanas, que sublinha o impacto transformador do fenômeno nas relações sociais e econômicas. Com a globalização, estamos interconectados em um grau nunca antes visto na história da humanidade. Fundamentalmente, a globalização intensificou a percepção do "mundo como um todo"[151], de modo que "acontecimentos, decisões e atividades em determinada região do mundo têm significado e consequências em regiões muito distintas do globo".[152]

E nesse contexto, as empresas transnacionais – definidas no presente trabalho como sociedades que possuem fim lucrativo, que trabalham em setores de larga escala, detêm um política global que atende às regras e normas da economia mundial e, "desempenham atividades que transcendem suas fronteiras nacionais, às quais estão vinculadas juridicamente, estabelecendo subsidiárias em outros Estados e estando ao sistema jurídico destes vinculadas"[153] – constituem, atualmente, uma das principais expressões da interdependência e da globalização econômica crescentes na comunidade internacional:

> As corporações transnacionais são atualmente uma das expressões mais cristalinas da interdependência e da globalização crescentes na sociedade

---

[150] SCHAEFER, Fernanda. Direitos Humanos e globalização econômica: compatibilidade de princípios? **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 1, pp. 76-96, ago./dez. 2009, p. 83.

[151] "Em termos reais, as fronteiras limites tornam-se mais porosas - sabemos mais sobre o que acontece além de nossas fronteiras, viajamos mais facilmente além de nossas fronteiras, nossas ações afetam outros além de nossas fronteiras de maneiras mais notáveis, estamos cientes desses efeitos e temos novas e mais profundas oportunidades para nos envolvermos no comércio além de nossas fronteiras". Tradução livre de: "*In real terms, boundaries become more porous – we know more about what happens beyond our boundaries, we travel more easily beyond our boundaries our actions affect others beyond our boundaries in more pronounced ways, we are aware of these effects, and we have new and more profound opportunities to engage in commerce beyond our boundaries.*" (GARCIA, Frank J. Between *Cosmopolis* and Community: Globalization and the Emerging Basis for Global Justice. **New York University Journal of International Law & Politics, Forthcoming**, New York, v. 46, n. 1, research paper n. 298, 2013, p. 5-6.)

[152] CAMPOS, Luís; CANAVEZES, Sara. **Introdução à globalização**. Lisboa: Instituto Bento Jesus Caraça, 2007, p. 10.

[153] CARDIA, Ana Cláudia Ruy. **Empresas, direitos humanos e gênero: desafios e perspectivas na proteção e na emancipação da mulher pelas empresas transnacionais**. 2014, 198 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 17.

> internacional, tornando-se um dos principais agentes econômicos em termos de volume de atividades e de influência sobre os diferentes aspectos da vida econômica e social. Especificamente, há alguns anos, tem-se uma certa preocupação com a influência que essas empresas podem ter sobre o exercício dos direitos humanos pelas populações onde se estabelecem.[154]

A década de 1990 é interpretada como a "época de ouro" para a mais recente onda de globalização corporativa. As empresas transnacionais emergiram de forma robusta, em quantidade e escala nunca antes vistas. Tais empresas conseguiram criar núcleos de atividade econômica transnacionais, "sujeitos a uma única visão global estratégica, operando em tempo real, conectadas e ao mesmo tempo ultrapassando economias meramente 'nacionais' e suas transações 'internacionais'.".[155]

Pode-se dizer que metade do comércio mundial passou a ser composto por transações "internas" dentro de redes de entidades corporativas interconectadas, deixando para trás os tradicionais negócios "externos" e imparciais realizados entre países.[156;157]

O Fundo Monetário Internacional (FMI), inclusive, quando trata da globalização, relaciona o fenômeno de modo direto à interdependência econômica crescente entre os países do mundo, provocada pelo aumento do volume e da variedade das transações transfronteiriças de bens e serviços, assim como dos fluxos internacionais de capital, ao mesmo tempo que pela difusão acelerada e generalizada da tecnologia.[158]

---

[154] Tradução livre de: "*Las empresas transnacionales constituyen actualmente una de las expresiones más acabadas de la interdependencia y la globalización crecientes en la sociedad internacional, configurándose como uno de los principales agentes económicos tanto por su volumen de actividades como por su influencia en los diferentes aspectos de la vida económica y social. En concreto, desde hacia ya varios años se viene mostrando una cierta inquietud en torno al influjo que estas empresas pueden tener en el disfrute de los derechos humanos por parte de las poblaciones donde se asientan*." (ISA, Felipe Gómez. Empresas transnacionales y derechos humanos: desarrollos recientes. **Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales**, País Vasco, ed. especial, pp. 55-94, 2006, p. 57).

[155] RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios: as corporações multinacionais e os direitos humanos**. Tradução: Isabel Murray. São Paulo: Editora Planeta Sustentável, 2014, p. 17.

[156] Ibidem, loc. cit..

[157] Já em 1997, apontava José Eduardo Faria: "Essa fragmentação geoespacial das atividades produtivas vem tornando possível uma ampliação sem precedentes do comércio intrafirmas (Petrella, 1996), com importantes consequências para as engrenagens jurídicas do Estado-nação. Hoje, pelo menos 1/3 das atividades e negócios das 37 mil empresas transnacionais que atuam na economia globalizada – por meio de 200 mil filiais e subsidiárias – é realizado entre elas próprias." (FARIA, José Eduardo. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 11, n. 30, pp. 43-52, 1997, p. 45).

[158] FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **World economic outlook: a survey by the staff of the International Monetary Fund**. Washington, D.C.: The Fund, 1980, p. 3. Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/WEOMAY/chapter1.pdf>; Acesso em: 31 ago. 2017.

As transnacionais, nesse cenário, “saíram-se bem, assim como as pessoas e os países que souberam tirar proveito das oportunidades criadas por esse processo transformador”.[159;160]

Nesta linha, José Renato Nalini é preciso ao destacar que: *“*sobrevivido às intempéries, a instituição que pode ser considerada vencedora no século XX é a empresa. Enquanto o Estado se encontra às voltas com a perda da soberania, conceito cada vez mais relativizado, a empresa integra um sistema competente”.[161]

Entretanto, muitos outros tiveram menos sorte.

Com efeito, as empresas transnacionais[162] e suas subsidiárias auxiliaram sobremaneira no desenvolvimento e na melhoria da qualidade de vida em várias localidades do globo. Contudo, tais empresas são amplamente conhecidas “pela violação de direitos humanos e pelo menosprezo em minimizar os riscos que suas atividades causam para os direitos humanos.”.[163]

Não é novidade alguma as consequências desencadeadas pelo processo de globalização econômica: surgiram muitas evidências de trabalho em condições análogas a de escravo em fábricas que prestavam serviços a famosas marcas internacionais; comunidades nativas locais foram desalojadas sem qualquer

---

[159] RUGGIE, Op. cit., p. 17.

[160] No mesmo sentido, Giovani Iudica: “Os protagonistas, os atores principais, desta moderna forma de globalização, que tem como palco o mercado planetário, são os comerciantes [...]. Os comerciantes que atuam hoje como protagonistas da economia globalizada são os hipercomerciantes [...].”. Tradução livre de: “*I protagonisti, gli attori principal, di questa moderna forma di globalizzazione, che há come treatro il mercato planetário, sono i mercanti [...]. I mercatores che agiscono oggi come protagonisti dela economia mondializzata sono gli ipermercatores [...].”* (IUDICA, Giovanni. Globalizzazione e diritto. In: GUIMEZANES, Nicole. **Leçons du droit civil: mélanges en l’honneur de Françis Chabas**. Bruxelles: Bruylant, 2011, p. 466).

[161] NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 8 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 297.

[162] Sobre o assunto, Julia Ruth-Maria Wetzel: “A importância, a influência e o poder das corporações transnacionais se desenvolveram com o comércio global em expansão. No entanto, com esse crescente impacto corporativo na economia e na sociedade humana, surgiram problemas crescentes de violações aos direitos humanos: as tribos indígenas queixaram-se de violações de direitos humanos, as quais incluíram assassinatos, destruição de propriedade, ou expropriação cometidas por governos nacionais com o apoio de corporações transnacionais.”. Tradução livre de: *“The importance, influence and power of transnational corporations developed with expanding global trade. With this growing corporate impact on economy and human society, however, came increasing human rights problems: native tribes complained of human rights violations including murder, property destruction, rape or expropriation committed by national governments with the backing of transnational corporations.”* (WETZEL, Julia Ruth-Maria. **Human Rights in Transnational Business: translating human rights obligations into compliance procedures**. Luzern, Switzerland: Springer, 2015, p. 1).

[163] DANIELE, Anna Luisa Walter de Santana; PAMPLONA, Danielle Anne. Empresas de tecnologia e direitos humanos: diagnósticos e avanços no setor. In: GOMES, Eduardo Biacchi; LEAL, Mônica Clarissa Henning; PAMPLONA, Danielle Anne (coords.); FACHIN, Melina Girardi; ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio (orgs.). **Direitos Humanos sob a perspectiva global**: estudos em homenagem à Flávia Piovesan. Curitiba: Instituto Memória, 2017, p. 372.

assistência ou posterior reparação para darem lugar a empresas de petróleo e gás; o trabalho infantil, de crianças de pouquíssima idade, foi desvelado, principalmente em plantações de propriedade de empresas de alimentos e bebidas; provedores de serviços de internet e empresas da área de tecnologia da informação entregaram informações de seus usuários a agentes do governo.[164]

Com a globalização e a propagação das empresas transnacionais, o nível de exclusão social e de opressão por parte dos poderes sociais, "cuja influência tem crescido vertiginosamente na mesma proporção em que o Estado se demite ou é demitido de suas funções regulatórias e fiscalizatórias"[165], aumentou imensuravelmente.[166] E algumas das possíveis causas do problema é observada por John Ruggie:

> Empresas que operam globalmente não são regulamentas como tal. Em vez disso, cada uma das entidades que as compõem individualmente está sujeita à jurisdição nas quais ela atua. Mas, mesmo nos países em que as leis nacionais condenam a conduta abusiva, o que não pode ser sempre subestimado, os Estados muitas vezes deixam de implementá-las – devido à falta de capacidade, ao medo das consequências que podem ser geradas pela concorrência ou porque seus líderes colocam ganhos particulares acima do bem-estar público.[167]

Conforme observam Frederico Neto e Rosana Passarelli, principalmente nos países emergentes "o poder do Estado fica adstrito, e outras vezes, à mercê do poder de barganha dessas empresas que, muitas vezes, são as únicas fontes de manutenção econômica e social de determinadas localidades".[168]

---

[164] RUGGIE, 2014, p. 17-18.

[165] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, "mínimo existencial" e o direito privado: alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 578.

[166] No que concerne às críticas feitas por alguns economistas quanto à globalização, destaca Stephen P. Marks: "O termo globalização no sentido econômico provou ser altamente controverso. A oposição feroz veio de movimentos anti-globalização e pró-pobres, que se mostraram indignados com a força motivadora da ganância por trás do comportamento dos economicamente e militarmente poderosos e pelo impacto devastador do processo de globalização em termos de disparidades econômicas e sociais cada vez maiores, de destruição de recursos não renováveis, de devastação ecológica e de homogeneização da cultura.". Tradução livre de: "*The term globalization in the economic sense has proved to be highly controversial. Ferocious opposition has come from pro-poor anti-globalization movements outraged by the motivating force of greed behind the behavior of the economically and military powerful and by the devastating impact of the process in terms of widening economic and social disparities, destruction of non-renewable resources, ecological devastation, and homogenization of culture.*" (MARKS, P. Stephen. Poverty. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta, SIVAKUMARAN, Sandesh. **International human rights law**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 607).

[167] RUGGIE, Op. cit., p. 18.

[168] CARVALHO NETO, Frederico da Costa; PASSARELLI, Rosana Pereira. Empresas transnacionais, ordem econômica e direitos humanos. In: BENACCHIO, Marcelo (coord.); VAILATTI, Diogo Basílio;

No mesmo sentido, apontam Danielle Anne Pamplona e Ana Rachel Freitas da Silva que muitos Estados que recebem o investimento das transnacionais não possuem incentivo para endurecer as condições quando barganham com essas empresas, de tal forma que "a proteção internacional acaba limitada à vontade dos Estados de agir nos limites de seus territórios, deixando muitos indivíduos sem alternativas na ausência de comprometimento estatal.".[169]

Nesse cenário econômico transformado, além do fato de que os governos não podiam ou não estavam dispostos a executar suas leis domésticas – aliado à ausência de normas internacionais que responsabilizassem (e responsabilizem) diretamente as empresas[170] –, as empresas transnacionais, há alguns anos, não estavam preparadas para a necessidade de administrar os riscos e prejuízos causados pela violação dos direitos humanos provocada por suas atividades comerciais.[171]

A criação de uma nova abordagem para a questão dos direitos humanos, deste modo, surge como um produto de diversos fatores abrangidos no termo "globalização", entre os quais Steven R. Ratner destaca:

> O dramático aumento nos investimentos por empresas multinacionais no mundo em desenvolvimento; a sensação de que o poder econômico de algumas corporações corroeu o poder do Estado; a revolução das telecomunicações globais, que jogou luz sobre as condições daqueles que vivem em países menos desenvolvidos e aumentou a capacidade das ONGs de mobilizar a opinião pública; o trabalho da Organização Mundial do Comércio (OMC) e do Fundo Monetário Internacional (FMI) ao exigir que os Estados sejam mais hospitaleiros aos investidores estrangeiros; e as contas bem documentadas das atividades de diversas corporações.[172]

DOMINIQUINI, Eliete Doretto (orgs.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. Curitiba: CRV, 2016, p. 15.

[169] SILVA, Ana Rachel Freitas da; PAMPLONA, Danielle Anne. Os princípios orientadores das Nações Unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços? In: BENACCHIO, Marcelo (coord.); VAILATTI, Diogo Basílio; DOMINIQUINI Eliete Doretto (orgs.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. Curitiba: CRV, 2016, p. 150.

[170] "Somente em algumas circunstâncias as leis internacionais de direitos humanos chegaram diretamente às companhias – por exemplo, se elas cometem ou são cúmplices em violações claras aos direitos, como em casos de genocídio, crimes de guerra, tortura, execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados ou práticas análogas à escravidão. Mas, mesmo nesses casos, a lei só pode ser aplicada em jurisdições nas quais as acusações possam ser feitas contra as companhias." (RUGGIE, 2014, p. 35).

[171] Ibidem, p. 29.

[172] Tradução livre de: "*The dramatic increase in investment by multinational companies in the developing world; the sense that economic might of some corporations has eroded the power of the state; the global telecommunications revolution, which has brought worldwide attention to the conditions of those living in less developed countries and has increased the capacity of NGOs to mobilize public opinion; the work of the World Trade Organization (WTO) and International Monetary Found (IMF) in requiring states to be more hospitable to foreign investors; and the well-documented accounts of the activities of a handful of corporations*.". (RATNER, Steven R. Corporations and human rights: a theory of legal responsibility. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 111, n. 3, pp. 443-545, 2011, p. 447).

E, consoante visto no primeiro Capítulo deste trabalho, se, em um primeiro momento "o aparato protetivo dos direitos humanos ambicionava responder à relação entre estados e indivíduos [..], na atualidade emergem relações mais complexas a envolver, de um lado, empresas; por outro, coletividades e grupos vulneráveis".[173]

Como se fossem movidos por uma espécie de força dialética, os indivíduos e as coletividades afetados de forma negativa pela globalização econômica começaram a fazer o uso da linguagem dos direitos humanos para exteriorizar suas queixas, preocupações, resistências e desejos. O discurso dos direitos humanos "tornou-se um terreno comum com base no qual começaram a questionar e buscar um ressarcimento para os custos humanos da globalização corporativa.".[174]

Em face das crescentes campanhas e processos de ativistas e, ainda, da publicidade negativa que a violação aos direitos humanos desencadeava[175], as próprias empresas (principalmente as transnacionais) perceberam a necessidade de assumir responsabilidades pelos direitos humanos:

> Nos últimos anos, famosas empresas, especialmente as que atuam a nível global, começaram a perceber que o comportamento ético pode, de fato, ter um impacto positivo e, inversamente, um comportamento não ético, pode ter um impacto negativo sobre os negócios. Um estudo recente de Claude Fussler concluiu que a performance responsável compensa financeiramente. [...] Dados os fatores diferentes que também desempenham um papel em tais estudos e que influenciam o resultado e o desempenho, talvez seja mais convincente tomar a abordagem oposta e mostrar que o comportamento em desarmonia com padrões éticos não compensa.[176]

---

[173] PIOVESAN, Flávia. Empresas e direitos humanos. **O Globo**, Rio de Janeiro, 02 fev. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/empresas-direitos-humanos-20859445#ixzz4rXiANySw>; Acesso em: 02 set. 2017.

[174] RUGGIE, Op. cit., p. 18.

[175] Como apontam Doreen McBarnet e Patrick Schmitd, a tecnologia serviu, também, para expandir a comunicação global e para tornar uma notícia instantânea no mundo todo. Desta forma, não há mais como as grandes companhias "esconderem" suas condutas anti-éticas. Na palavras dos autores:
"Há agora, como é frequentemente dito, nenhum lugar seguro para a atividade corporativa. A internet fornece um fórum pronto para a crítica e a publicidade, assim como no caso de Mike Kasky em sua campanha contra a Nike" Tradução livre de: *"There is now, it is frequently said, 'no hiding place' for corporate activity. The internet provides a ready forum for instant criticism and publicity, with websites on all kinds means ever one person can have a major impact, as in the case of Mike Kasky in this campaigns against Nike.*" (MCBARNET, Doreen; SCHIMITD, Patrick. Corporate social responsibility beyond law, through law, for law: the new corporate accountability. In: CAMPBELL, Tom; MCBARNET, Doreen; VOICULESCU, Aurora. **The new corporate accountability: Corporate Social Responsibility and the Law**. New York: Cambridge Press, 2007a, p. 15).

[176] Tradução livre de: "*During recent years, publicy listed firms, especially those acting on a global level, have started to realize that ethical behavior can, in fact, have a positive impact, and, conversely, unethical behaviour a negative impact on their business. A recent study by Claude Fussler concluded that responsible excellence pays. [...] Given the different factors that also play a role in such studies and that influence the outcome and the performance, it is perhaps more convincing to take the opposite approach and show that unethical behavior does not pay."* (LEISINGER, Benjamin. SCHWENZER, Ingeborg. Ethical values and international sales contracts. In CRANSTON, Ross; RAMBER Jan;

O setor privado, consciente da deterioração de sua imagem e de sua responsabilidade quanto às violações de direitos humanos "tem estabelecido iniciativas voluntárias para incorporar normas e princípios éticos e de direitos humanos em suas atuações".[177]

A conduta empresarial, nesse contexto, não tem se limitado tão somente à produtividade econômica, voltando-se, outrossim, à observância de padrões éticos. A violação de direitos simboliza um alto custo para as empresas, sob o prisma econômico-financeiro e penal, e, ainda, sob o prisma da identidade e reputação empresarial[178]. De igual maneira, "promover direitos simboliza não apenas um alto ganho empresarial (estudos apontam o quanto a diversidade é lucrativa), mas, sobretudo, um ganho na identidade e reputação empresarial.".[179]

Ao contrário do que acontecia nas décadas passadas, hodiernamente enxerga-se uma grande proximidade entre a atividade empresarial e a proteção e promoção dos direitos humanos. Se antes o dever de proteção dos direitos humanos vinculava apenas os Estados, sendo o ente estatal o grande violador e protetor de tais direitos, atualmente os agentes não-estatais[180] desempenham importante papel neste cenário[181]:

ZIEGEL Jacob. **Commercial Law Challenges in the 21ª Century**. Uppsala, Sweden: Iustus Förlag, 2007, p. 250-251).

177 Tradução livre de: *"há estabelecido iniciativas voluntarias para tratar de incorporar normas y princípios éticos y de derechos humanos em suas actuaciones"* (ISA, 2006, p. 59).

178 PIOVESAN, 2017.

179 PIOVESAN, 2017.

180 "O argumento para a responsabilização direta das corporações transnacionais pelos direitos humanos é inspirado principalmente pelo papel crescente dos atores não-estatais no sistema internacional em geral". Tradução livre de: "*The case for direct human rights responsibility of transnational corporations is mainly inspired by the changing role of non-state actors in the international system generally […]*" (BRABANDERE, Eric de. Non-state actors and human rights: corporate responsibility and the attempts to formalize the role of corporations as participants in the international legal system. In: D'ASPREMONT Jean. **Participants in the international legal system: multiple perspectives on non-state actors in international law**. Abingdon: Routledge, 2011, p. 270).

181 "Os Estados eram os principais alvos das regras e regulamentos de direitos humanos, porque acreditava-se que eles eram os únicos capazes de violá-los. O papel tradicional do Estado, como principal infrator e promotor dos direitos humanos, foi desafiado nos últimos anos, quando o aumento das grandes corporações fez com que estas assumissem funções similares às do Estado. Com este novo equilíbrio de poder no direito internacional surgiu uma nova compreensão de deveres e responsabilidades: os direitos dos indivíduos dão origem a uma variedade de deveres, bem como a uma variedade atores que devem respeitá-los" Tradução livre de: "*States were the primary targets of human rights rules and regulations because it was believed that they alone were capable of violating them. The traditional role of the state, as primary violator and promoter of human rights, has been challenged in the last few years when the rise of big corporations saw them take on similar functions as the state. With this newfound power balance in international law comes a new understanding of duties and responsibilities: rights of individuals give rise to a variety of duties as well as to a variety of duty holders."* (WETZEL, 2015, p. 93).

> Uma das mudanças mais importantes no debate sobre os direitos humanos é o reconhecimento crescente do vínculo entre empresas e estes direitos. Na era da globalização mundial e da privatização dos serviços públicos, as entidades privadas assumem funções anteriormente detidas pelo Estado. Além disso, as poderosas corporações transnacionais desempenham um papel determinante no cenário internacional, despertando novas preocupações com a proteção dos direitos humanos. É por isso que há tentativas de torná-las também legalmente responsáveis pelas violações dos direitos humanos.[182]

Com efeito, a responsabilidade das empresas e das grandes transnacionais abrange as dimensões econômica, social e ética, sendo esperado que tais entes conduzam seus negócios com boa-fé e em observância aos direitos humanos.[183] Atualmente, o valor da aderência aos "*human rights standards*" é substancial no mundo corporativo, eis que os próprios padrões éticos se tornaram globalizados e altamente visíveis. Pragmaticamente, portanto, o respeito aos direitos humanos não só aumenta o reconhecimento das empresas, como também auxilia no engajamento dos funcionários, mostra aderência às normas jurídicas e é extremamente bem visto pelos investidores.[184]

Como se verá adiante, a aproximação entre as empresas e os direitos humanos, muitas vezes referida sob o enfoque da "ética" nas empresas[185], é resultado, em grande parte, do trabalho desenvolvido pela Organização das Nações Unidas (e de outros órgãos internacionais) que, desde a década de 1970, vem lançando inúmeras iniciativas com o propósito de buscar alternativas para promover os direitos humanos na atividade comercial.

Antes de analisar o papel da ONU e de outras entidades internacionais nesta seara, contudo, cumpre trazer à baila uma breve delimitação do conceito de *ética* que será empregado no presente trabalho, utilizando-se, para tanto, da lição de Fábio

---

[182] Tradução livre de: *"One of the most significant changes in the human rights debate is the increased recognition of the link between business and human rights. In the era of the world's globalization and of the privatization of public services, private entities are taking on roles previously held by the State. Moreover, for-profit powerful transnational corporations play a determinant role in the international scene, arousing new concerns for the protection of human rights. That is why there are attempts to get them also legally accountable for human rights violations*." (MONTEIRO, A. Reis. **Ethics of human rights**. Switzerland: Springer, 2014, p. 470).

[183] MUCHLINSKI, Peter. Human rights and multinational enterprises. In: CAMPBELL, Tom; MCBARNET Doreen; VOICULESCU, Aurora. **The new corporate accountability: Corporate Social Responsibility and the Law**. New York: Cambridge Press, 2007, p. 435.

[184] SHESTACK, Jerome. Corporate Social Responsibility in a Changing Corporate World. In: MULLERAT, Ramon. **Corporate Social Responsibility: the corporate governance of the 21st century**. Netherlands: Kluwer Law International, 2011, p. 118.)

[185] "A observância de direitos fundamentais pode ser vista como o núcleo das práticas negociais éticas". Tradução livre de: "*The observance of fundamental human rights can be said to lie at the heart of ethical business practical*". (MUCHLINSKI, Op. cit., p. 437).

Konder Comparato acerca dos princípios éticos:

> Os princípios éticos são normas que nos obrigam a agir em função do valor do bem visado pela nossa ação, ou do objetivo final que dá sentido à vida humana; e não de um interesse puramente subjetivo, que não compartilhamos com a comunidade. Esse valor objetivo deve ser considerado conjuntamente: no indivíduo, no grupo ou classe social, no povo ou na própria humanidade.
> [...]
> Como observou Aristóteles, muito embora possa acontecer que o bem visado pelo agente seja o mesmo, para ele e para a sua *polis,* o bem desta é manifestamente maior e mais perfeito. É claro, prossegue ele, que assegurar o bem de um indivíduo é melhor do que nada. Mas assegurar o bem da coletividade é um empreendimento mais nobre e divino.
> Hoje, na fase adiantada do processo de unificação da humanidade em que nos encontramos, é preciso sustentar, de modo absoluto, que a constituição de uma comunidade solidária de todos os povos da Terra é um objetivo, não só mais sobre e digno, como também incontestavelmente mais realista, do que prosseguir no caminho da globalização capitalista, que só beneficia, e por pouco tempo, uma minoria forte e rica [...].[186]

A ética enxergada sob este espectro, portanto, conduz à inquestionável necessidade de proteção e promoção dos direitos humanos. E isso porque, se a ética relaciona-se ao agir pautado no bem da comunidade, os princípios éticos traduzem-se "logicamente, no dever de integral e escrupuloso respeito àquilo que, sendo comum a todos os humanos, distingue-se os radicalmente das demais espécies de seres vivos: a sua transcendente dignidade.".[187] Aliás, como aponta Amartya Sen: "proclamações de direitos humanos são feitas para serem vistas como articulações de demandas éticas.".[188]

Feitas estas considerações sobre o tema, abordar-se-á o tema "empresas e direitos humanos" no âmbito da Organização das Nações Unidas e de outras entidades internacionais, que contribuíram, em muito, para o debate proposto neste trabalho.

---

[186] COMPARATO, Fabio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 500-505.
[187] Ibidem, p. 623.
[188] Tradução livre de: "*proclamations of human rights are to be seen as articulations of ethical demands.".* (SEN, Amartya. Elements of a theory of human rights. **Philosophy and Public Affairs**, v. 32, n. 4, pp. 315-356, 2004. Disponível em: <www.mit.edu/~shaslang/mprg/asenETHR.pdf>; Acesso em: 05 out. 2017.

2.2. “EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS”: A ABORDAGEM FEITA PELOS ORGANISMOS INTERNACIONAIS

Como se pontuou no subcapítulo *supra,* a preocupação com as consequências da atividade empresarial no campo dos direitos humanos tomou forças e tornou-se generalizada na comunidade internacional, precipuamente, a partir do surgimento da nova ordem global e da proliferação das empresas transnacionais[189] e dos prejuízos causados por elas.

Neste período, começaram a surgir dúvidas e inquietações em torno de qual seria o papel que as empresas estavam desempenhando no mundo globalizado, em particular nos países mais pobres.[190]

Entre outras entidades internacionais, a Organização das Nações Unidas foi e é uma das grandes responsáveis pelo desenvolvimento de medidas concretas que visam aproximar as empresas e os direitos humanos, para que os entes privados se vinculem a estes direitos e respondam por eventuais violações. O campo de avanço no sistema global de proteção dos direitos humanos é significativo e, por isso, não poderia deixar de ser abordado no vertente trabalho.

Sob a nomenclatura conhecida por “*business and human rights*” ou, ainda, “empresas e direitos humanos”, a ONU – que hoje conta com grupos de trabalho especializados – lançou diversas iniciativas e discussões envolvendo a responsabilidade das empresas com relação à proteção e promoção dos direitos humanos.

O despertar das Nações Unidas e da comunidade internacional para o tema se deu em um período de severas turbulências.

No ano de 1972, Jack Anderson, um repórter investigativo estadunidense, afirmou que a empresa *International Telephone and Telegraph Company* (ITT), em

---

[189] Como bem aponta John Ruggie: *“*Não existe nenhum repositório mundial amplo e legítimo de informações sobre o envolvimento de corporações multinacionais em abusos aos direitos humanos. Existem, porém, razões intuitivas e empíricas para se suspeitar que houve aumento real a partir da década de 1990. Em parte, é uma questão apenas de números: existem bem mais companhias operando em mais países em todo o mundo, aumentando os contextos sociopolíticos, que representam novos desafios para a liderança corporativa, em especial no que se refere aos direitos humanos. Além disso, para muitas companhias, a globalização significou a adoção de modelos operacionais baseados em redes [...]. À medida que aumenta o número de elos nas cadeias de valor, aumentam também as vulnerabilidades para a empresa como um todo, representada por esses elos.” (RUGGIE, 2014, p. 56).

[190] ISA, 2006, p. 65.

conluio com a agência de inteligência dos Estados Unidos, adotou medidas para bloquear a eleição de Salvador Allende no Chile[191] – eis que este pretendia nacionalizar o percentual de 60% que a empresa possuía neste país[192]. O vazamento deste escândalo desencadeou a criação, no âmbito do Comitê do Senado para Relações Internacionais dos Estados Unidos, de um subcomitê em "Corporações Multinacionais", para a investigação de situações parecidas e o seu impacto na política externa americana.[193]

Em outra frente, críticos acusaram a Nestlé de vestir seus funcionários como médicos e enfermeiros para que estes desencorajassem a amamentação de bebês e incentivassem as pessoas a substituir o leite materno por produtos da marca.[194]

Na Nigéria, na região de Ogoniland, a Shell, conhecida empresa do setor extrativista, foi acusada de conluio com os militares do país em violações aos direitos à vida e à integridade dos moradores da comunidade local que se opunham ao modo de operar da empresa – que se instalava e operava sem consulta às comunidades tradicionais que ocupavam a área.[195] Cerca de 750 (setecentos e cinquenta) pessoas foram mortas em uma série de ataques às vilas de Ogoni e 30.000 (trinta mil) foram deixadas sem casa.[196] Stevyn Obodoekwe, do Centro de Meio Ambiente, Direitos Humanos e Desenvolvimento da Nigéria, inclusive, chegou a dizer que:

> As mortes foram causadas pelo governo da Nigéria, mas foi a Shell quem trouxe os soldados para ferir as pessoas. A Shell e o governo da Nigéria estavam trabalhando juntos. Crimes foram cometidos, todos sabiam disso. A Shell está apenas fazendo um escárnio de si mesma dizendo que não fizeram nada, porque o mundo sabe.[197]

Tais ocorrências, somadas às demais que se proliferavam ao redor do mundo, acabaram por chamar a atenção os organismos internacionais e, especialmente, da

---

[191] ISA, 2006, p. 65.
[192] MORAN, Theodore H. The United Nations and transnational corporations: a review and a perspective. **Transnational Corporations**, v. 18, n. 2, pp. 91-112, ago. 2009, p. 92.
[193] SUBCOMMITTEE ON MULTINATIONAL CORPORATIONS. **The International Telephone and Telegraph Company and Chile, 1970-7. Report to the committee on foreign relations United States Senate**. Washington: U.S. Government Printing Office, 1973, p. 1.
[194] MORAN, 2009, p. 92.
[195] DANIELE; PAMPLONA, 2017, p. 373.
[196] WETZEL, 2015, p. 14.
[197] Tradução livre de: "*The killing was done by Nigerian government but it was Shell that brought in soldiers to unleash mayhem on the people (...) Shell and the Nigerian government were working hand in glove. Crimes were committed, everybody knew it, so Shell is only making a mockery of itself saying 'we did nothing' because the world knows*". (OGONI: Individual Testimonies Highlight Human-Rights Abuses. **Unrepresented Nations & Peoples Organization**, 28 set. 2012. Disponível em: <http://unpo.org/article/14922>; Acesso em 05 nov. 2017).

Organização das Nações Unidas. Julia Ruth-Maria Wetzel, nesse sentido, destaca três fatores que desencadearam adoção de medidas, pelos organismos internacionais e pela sociedade civil, para aproximar a ética dos negócios:

> Primeiro, o acúmulo de poder por um ator sempre resultará em esforços de outros para contrariar esse poder. Quando as corporações se tornaram os principais atores da cena internacional, as comunidades trabalhistas e religiosas começaram a empreender esforços compensatórios. Em segundo lugar, algumas corporações atraíram essa atenção crescente ao realizar seus empreendimentos comerciais de forma a prejudicar gravemente os direitos humanos, os *standards* trabalhistas e o meio ambiente. Esse comportamento gerou uma demanda popular por maior responsabilidade corporativa. Em terceiro lugar, considerando que as empresas têm alcance global, elas funcionam em uma capacidade e escala com a qual os governos não podem competir.[198]

No ano de 1972, Philippe de Seynes, Subsecretário Geral das Nações Unidas, editou uma resolução criando um "Grupo de Eminentes Pessoas" para estudar o impacto das corporações transnacionais no desenvolvimento econômico e nas relações internacionais.[199] O objetivo era desenvolver instituições para a instauração de uma nova ordem econômica internacional.

Já no ano de 1973 um dos primeiros estudos que alertaram sobre as consequências que as empresas transnacionais poderiam desencadear se não tivessem nenhum tipo de controle por órgãos internacionais foi publicado pelo Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas.

Em 1974, o Conselho Econômico e Social da ONU lançou o Programa sobre Empresas Transnacionais, dotado de dois órgãos de apoio: a Comissão sobre as Empresas Transnacionais e o Centro das Nações Unidas sobre Empresas Transnacionais.[200] Este projeto durou até o ano de 1992 e, anos antes, a Comissão

---

[198] Tradução livre de: "*First, the accumulation of power by one actor will always result in efforts by others to counter this power. When corporations first became major players on the international scene, labor and faith communities began their countervailing efforts. Second, some corporations have attracted this increased attention by conducting their business ventures in a way that seriously harmed human rights, labor standards and the environment. This behavior generated public demand for greater corporate responsibility and accountability. Third, considering that corporations have global reach, they function at a capacity and scale that governments cannot compete with*." (WETZEL, 2015, p. 161).

[199] MORAN, 2009, p. 92.

[200] CARDIA, Ana Cláudia Ruy; GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. O Estado de Direito Internacional na condição pós-moderna: a força normativa dos princípios de Ruggie sob a perspectiva de uma Radicalização Institucional. In: BENACCHIO, Marcelo (coord.); VAILATTI, Diogo Basílio; DOMINIQUINI, Eliete Doretto (orgs.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. Curitiba: CRV, 2016, p. 133.

aprovou o primeiro Projeto de Código de Conduta da ONU[201] sobre as empresas transnacionais, o qual não entrou em vigor.[202]

Concomitantemente aos trabalhos desenvolvidos pela ONU, surgiram outras iniciativas para regular a relação entre as atividades empresarias e os direitos humanos. No ano de 1976, diversos países acordaram as Diretrizes da OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico para Empreendimentos Multinacionais[203] que, muito embora não tenha incorporado uma gama muito ampla de direitos, "ficou conhecida como uma concessão simbólica às preocupações sociais".[204] Sobre esta iniciativa, apontam Ingeborg Schwenzer e Benjamin Leisinger:

> Essas regras estabelecem as recomendações feitas pelos governos às empresas multinacionais. Os governos estão comprometidos a promover as Diretrizes. As recomendações abrangem, entre outras questões, direitos humanos, *standards* trabalhistas e ambientais, anticorrupção e suborno, e proteção ao consumidor. Para implementar as Diretrizes, os Pontos Nacionais de Contato (NCP) foram estabelecidos nos países participantes [...]. Com o acordo das partes envolvidas, o acesso a meios consensuais e não contraditórios, como a conciliação ou a mediação, também foi facilitada.[205]

---

[201] "De acordo com a opinião do Centro de Empresas Transnacionais, este Código devia inspirar-se no princípio da promoção do desenvolvimento, ou seja, deveria tentar fazer com que as empresas << se comportassem de acordo com os objetivos de desenvolvimento dos países nos quais as atividades são realizadas, especialmente nos países anfitriões em desenvolvimento>>". Tradução livre de: *"De acuerdo con la opinión del Centro de Empresas Transnacionales, este Código debía estar inspirado por ella principio de la promoción del desarrollo, es decir, debería tratar de lograr en todo momento que las empresas <<se comporten de acuerdo con los objetivos de desarrollo de los países en que se realizan actividades, especialmente en los países huéspedes en desarrollo>>"* (ISA, 2006, p. 67).

[202] Ibidem, loc. cit..

[203] "No nível multilateral, em 1976, os principais países industrializados, ansiosos por regular as transformações econômicas e políticas da época, adotaram as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais. Revisado em 2000, e 11 anos depois, o texto adota uma abordagem global que enquadra todas as atividades das empresas. Esses princípios são recomendações dos 34 países membros da OCDE." Tradução livre de: *"Au niveau multilateral, en 1976, les principaux pays industrialisés, soucieux d'encadrer les transformations économiques et politiques de l'époque, ont adopté les Principes directeurs de l'OCDE à l'intetion des entreprises multinationales. Revisé em 2000, et ensuite 11 ans plus tard, le texte adopte une approche globale que encadre toutes les activités des entreprises. Ces príncipes sont des recommandations adressées par les 34 pays membres de l'OCDE."* (BELPORO, Christelle. **La responsabilité des entreprises multinationales pour les violations des droits de l'homme em Afrique**. Paris: L'Harmattan, 2017, p. 41).

[204] DANIELE; PAMPLONA, 2017, p. 373.

[205] Tradução livre de: "*These rules set out recommendations made by governments to multinational enterprises. The governments are committed to promoting the Guidelines. The recommendations cover, among other things, human rights, labor standards, environmental standards, anti-corruption and bribery, and consumer protection. In order to implement the Guidelines, National Contact Points (NCP) have been established in participating countries. […] With the agreement of the parties involved, access to consensual and non-adversarial means, such as conciliation or mediation, [their purpose] is also facilitated*." (LEISINGER; SCHWENZER, 2007, p. 257).

Já no âmbito da Organização das Nações Unidas, o debate sobre "empresas e direitos humanos" foi retomado no ano de 2000 com o Pacto Global da ONU ou *United Nations Global Compact* (UNGC) – uma iniciativa voluntária de empresas para "alinhar as estratégias e as operações com princípios universais em matéria de direitos humanos, trabalho, meio ambiente e anticorrupção e criar ações que promovam objetivos sociais".[206;207]

O Pacto Global da ONU tem como fundamento 10 (dez) princípios que devem ser incorporados às atividades das empresas que os adotem[208]. Os dois primeiros tratam do dever das empresas de dar suporte e respeitar a proteção dos direitos humanos reconhecidos na comunidade internacional[209], e do dever que as empresas possuem em cerificar que não são cúmplices em violações a tais direitos.[210] Nas palavras de John Ruggie:

> O Pacto Global da ONU apresentou o conceito de "esferas corporativas de influência" como uma metáfora espacial para ajudar as companhias a pensar sobre os efeitos que causam aos direitos humanos além do local de trabalho e também para identificar as oportunidades que eles têm de apoiar os direitos humanos, que é o objetivo do pacto.[211]

---

[206] DANIELE; PAMPLONA, 2017, p. 374.

[207] "O objetivo do Pacto Global é convencer os atores nos mercados globais de que eles devem se unir em torno de valores compartilhados. A fim de alcançar mercados globais mais sustentáveis e inclusivos, deve ser dada especial atenção às pessoas mais pobres do mundo. O Pacto tem dois objetivos: integrar os 10 princípios nas atividades de negócios em todo o mundo e catalisar ações de apoio a metas mais amplas da ONU. "Tradução livre de: *"The purpose of the Compact is to convince the actors on the global markets that they should rally around shared values. In order to achieve more sustainable and inclusive global markets, special attention should be paid to the world's poorest people. The Compact has two objectives: mainstreaming the 10 principles in business activities around the world, and catalyzing actions in support of broader UN goals."* (CORELL, Hans. The Global Compact. In: MULLERAT, Ramon. **Corporate Social Responsibility: the corporate governance of the 21st century**. Netherlands: Kluwer Law International, 2011, p. 266).

[208] Segundo informação do *site* do Pacto Global da ONU, hoje já são mais de 12 mil organizações signatárias articuladas por cerca de 150 redes ao redor do mundo. Os 10 princípios adotados são: 1. As empresas devem apoiar e respeitar a proteção de direitos humanos reconhecidos internacionalmente; e 2. Assegurar-se de sua não participação em violações destes direitos; 3. As empresas devem apoiar a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva; 4. A eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório; 5. A abolição efetiva do trabalho infantil; e 6. Eliminar a discriminação no emprego; 7. As empresas devem apoiar uma abordagem preventiva aos desafios ambientais; 8. Desenvolver iniciativas para promover maior responsabilidade ambiental; e 9. Incentivar o desenvolvimento e difusão de tecnologias ambientalmente amigáveis; 10. As empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina. (Informação disponível em: **Portal Pacto Global. Rede Brasil**. São Paulo, 2018. Disponível em: <http://www.pactoglobal.org.br/>; Acesso em 15 set. 2017).

[209] "As empresas devem apoiar e respeitar os direitos humanos" Tradução livre de: *"Business should support and respect human rights.*"

[210] "As empresas devem ter certeza que não estão sendo cumplices de violações aos direitos humanos". Tradução livre de: *"Businesses should make sure they are not complicit in human rights abuses."* (**The Ten Principles of the UN Global Compact**. Disponível em: https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles. Acesso em: 28 fev. 2018,).

[211] RUGGIE, 2014, p. 104.

Apesar dos esforços, o Pacto Global da ONU sofreu severas críticas, uma vez que não delimita quais são as punições às empresas que deixam de aderir ao Pacto ou àquelas não respeitam os princípios nele estipulados. Não obstante, ele tornou-se "um importante fórum de ativismo e aprendizado, bem como um fornecedor de ferramentas para que as companhias lidem com desafios sociais e ambientais".[212;213]

Atualmente, mais de 12.000 (doze mil) empresas encontram-se vinculadas ao Pacto Global da ONU. Tais companhias se comprometeram a adotar os princípios em sua estrutura organizacional, a fazer relatórios anuais do progresso na implementação das diretrizes e, ainda, a se engajar em parcerias com a ONU. A iniciativa, segundo Danielle Pamplona e Ana Rachel Freitas da Silva, "teve o mérito de trazer as empresas para a discussão sobre os direitos humanos"[214], passando as empresas a serem vistas como parte da solução e não apenas do problema.

Em 2003, a Organização das Nações Unidas lançou mais uma iniciativa, a fim de implementar uma normativa relacionada à proteção dos direitos humanos, através da Subcomissão para a Proteção e Promoção dos Direitos Humanos da ONU: as Normas de Responsabilidade para as Corporações Transnacionais e Outras Empresas Privadas no que diz respeito aos direitos humanos. O documento, ao contrário do Pacto Global da ONU (que é uma iniciativa voluntária), apontava expressamente para a responsabilidade das transnacionais por violações aos direitos humanos frente ao Direito Internacional, determinando que "cabia aos Estados a obrigação primordial com a implementação de suas recomendações e às empresas o compromisso de monitorar suas atividades e reparar imediatamente os danos provocados aos indivíduos.".[215]

O texto, contudo, não foi aprovado, em razão da forte oposição por parte da comunidade empresarial.[216] Assim, uma vez apresentada a proposta, "a Comissão da

---

[212] RUGGIE, 2014, p. 126

[213] Tradução livre de: *"The Global Compact made a significant impact on corporate human rights regulation because it proposed that corporations could indeed be held accountable for their human rights violations if they were either complicit in the state's human rights violations or if violations occurred within their sphere of influence."* (WETZEL, 2015, p. 149).

[214] SILVA, A.; PAMPLONA, 2016, p. 152.

[215] Ibidem, loc. cit..

[216] "Em 2004, a Subcomissão da então Comissão de Direitos Humanos da ONU elaborou um conjunto de 'Rascunhos de Normas sobre as Responsabilidades das Empresas Transnacionais e Outras Empresas em relação aos Direitos Humanos'. As Normas essencialmente procuraram impor como obrigações vinculativas para as empresas, nos termos do direito internacional dos direitos humanos, a mesma gama de deveres que os Estados aceitaram para si: 'promover e assegurar o cumprimento, o

ONU sobre direitos humanos agradeceu o trabalho da Subcomissão, mas entendeu que o documento não tinha status legal".[217]

Embora a Comissão não estivesse preparada para adotar a proposta apresentada pela Subcomissão, um grande número de países, incluindo os que contavam com o maior número de empresas transnacionais, sentiram que a matéria concernente às empresas e os direitos humanos merecia séria atenção e, por isso, buscaram maneiras de manter o assunto na agenda da Organização das Nações Unidas.

A Comissão da ONU, então, um ano depois, requereu que o Secretário Geral, Kofi Annan, apontasse um representante especial ("*special representative*" – *SRSG*), para exercer um mandato inicial de dois anos, o qual teria como missões: identificar e clarificar padrões internacionais (*international standards*) e políticas relacionadas às "empresas e aos direitos humanos"; elaborar conceitos chaves para a matéria; e submeter visões e recomendações perante a Comissão.[218]

Em 2005, o Secretário-Geral das Nações Unidas nomeou o professor de Harvard, John Gerard Ruggie, para o cargo de Representante Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre "a questão dos direitos humanos e as empresas transnacionais e outras empresas de negócios".[219] Nas palavras do próprio John Ruggie, a missão parecia interessante e viável:

> Em julho de 2005, recebi um telefonema do então Secretário-Geral, Kofi Annan, me convidando para assumir o cargo. Eu havia trabalhado com ele como assistente do Secretário-Geral para planejamento estratégico durante seu bem-sucedido primeiro mandato, de 1997 a 2001.
> [...]
> No telefonema, Annan explicou-me que a nova missão exigia uma pessoa com conhecimento de empresas e direitos humanos, mas, devido à

respeito e a proteção dos direitos humanos'. Com as únicas distinções de que os Estados teriam deveres primários e as empresas teriam deveres secundários e que os deveres das empresas entrariam em vigor nas suas esferas de influência". Tradução livre de: *"In 2004, the Sub-commission of the then UN Commission on Human Rights produced a set of 'Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights'. The Norms essentially sought to impose as binding obligations on companies directly under international human rights law the same range of duties that states have accepted for themselves: namely, "to promote, secure the fulfillment of, respect, ensure respect of, and protect human rights," with the only distinctions being that states would have "primary" duties and companies would have "secondary" duties, and that the duties of companies would take effect within their (undefined) "spheres of influence."* (UNITED NATIONS. **The UN "Protect, Respect and Remedy" Framework for Business and Human Rights**. 2010. Disponível em: <https://business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-protect-respect-remedy-framework.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017).

[217] SILVA, A.; PAMPLONA, 2016, p. 153.

[218] RUGGIE, 2007, p. 821.

[219] CARDIA; GIANNATTASIO, 2016, p. 134.

> sensibilidade política da ONU, a pessoa não poderia fazer parte de nenhum dos grandes grupos interessados envolvidos – governos, empresas e sociedade civil – e teria de ser capaz de trabalhar com todos eles. O projeto deveria durar dois anos, em regime de meio período, que eu poderia levar adiante sem abandonar meu posto na Universidade Harvard. Eu teria de apresentar um relatório anual, resumindo meu trabalho, realizar uma ou duas consultas para fazer os relatórios e depois recomendar quais seriam as próximas etapas. O projeto parecia interessante e viável; por isso aceitei. Eu não tinha a menor ideia de como a missão seria desafiadora, desgastante e quais consequências surgiriam.[220]

O trabalho de John Ruggie, como ele mesmo apontou, foi muito além do esperado. Em 07 de abril de 2008, o Representante Especial da ONU apresentou relatório ao Conselho de Direitos Humanos intitulado "*Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*". Partindo de estudos detalhados sobre casos concretos de violações a direitos humanos por empresas (como, por exemplo, os famosos casos da Nike[221], da Shell na Nigéria[222] e do Yahoo! na China[223]), o Representante Especial propôs a adoção de um Quadro Referencial em matéria de "empresas e direitos humanos", o qual se fundamenta em três pilares principais: (i) o dever do Estado de proteger os direitos humanos; (ii) o dever das empresas de respeitar tais direitos e; (iii) a necessidade de acesso mais efetivo à reparação em caso de violações.

O primeiro pilar, isto é, a obrigação dos Estados de proteger os indivíduos e as coletividades contra abusos cometidos por terceiros, incluindo as empresas, está fundamentada no Direito Internacional de Direitos Humanos.[224] De acordo com o Representante Especial, duas são as principais obrigações dos Estados, assumidas no âmbito do Direito Internacional, frente aos direitos humanos: a de que se

---

[220] RUGGIE, 2007, p. 20-21.

[221] Os problemas da Nike com os direitos humanos se iniciaram na Indonésia, no começo dos anos 1990, quando ativistas norte-americanos, em parceria com instituições locais, começaram a publicar informativos sobre os baixos salários e as condições de trabalho impróprias praticadas em fábricas terceirizadas da Nike. Logo depois, o trabalho infantil entrou na lista de violações praticadas pela empresa. No fim da década, foi descoberto que fornecedores do Vietnã estavam fazendo uso de um tipo de cola com um produto químico que desencadeava doenças respiratórias. Tal quadro desencadeou diversos protestos, boicotes e publicidade negativa.

[222] Abordado na página 73 deste trabalho.

[223] O caso do Yahoo! na China é descrito por John Ruggie: "Em abril de 2004, Shi Tao, um jornalista de Pequim, usou sua conta de e-mail do Yahoo! na China, que não tinha o nome dele, para enviar um artigo assinado com pseudônimo para um site pró-democracia em Nova York. Fazia parte do artigo o resumo de um documento secreto que continha instruções do governo de como a mídia deveria agir para ajudar a evitar agitações sociais às vésperas do aniversário de 15 anos do Massacre da Praça da Paz Celestial, ocorrido em 1959. Dois dias depois, as autoridades pediram ao Yahoo! informações sobre a conta de e-mail de Shi, e a empresa obedeceu. O jornalista foi preso logo depois, e, em março de 2005, condenado a dez anos de prisão por revelar segredos do Estado." (RUGGIE, 2014, p. 70-71).

[224] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights, **UN Doc. A/HRC/8/5**, 7 abr. 2008, p. 9.

abstenham de violar os direitos das pessoas em suas respectivas jurisdições e, ainda, a de que assegurem o gozo ou a realização dos direitos humanos pelos seus titulares.[225]

No que concerne às violações cometidas por empresas, os Estados desrespeitam a legislação internacional sobre direitos humanos quando não adotam medidas apropriadas para evitar os abusos; e quando deixam de investigar, punir e compensar quando os problemas acontecem.

No relatório, foram identificados, ainda, quatro grupos de políticas focadas no papel do Estado[226]: (i) o primeiro grupo de políticas diz respeito aos acordos de investimento internacionais (porta de entrada para as transnacionais ingressarem no mercado de um país anfitrião), os quais, segundo Ruggie, devem ser mais equilibrados e alinhados entre as agências e as políticas dos países receptores; (ii) o segundo grupo cuida do direito empresarial corporativo e da regulamentação do mercado de valores imobiliários; (iii) o terceiro grupo diz respeito a operações de empresas nas áreas afetadas por conflitos, enfatizando a necessidade de os Estados disponibilizarem políticas para auxiliar as empresas a evitarem seu envolvimento em violações aos direitos humanos nessas situações e; (iv) o quarto grupo guarda relação com o problema relacionado à fragmentação da política interna, que acaba transbordando para a arena internacional quando os Estados participam de instituições multilaterais, com entendimentos conflitantes.

O segundo pilar do Quadro Referencial diz respeito à responsabilidade das empresas (sobretudo, mas não exclusivamente, as transnacionais) de respeitar os direitos humanos. O termo “respeitar tem por fundamento a própria definição da palavra “respeito”: a não violação dos direitos humanos. O Quadro Referencial, nesta esteira, sugere medidas que podem ser adotadas pelas empresas para assegurar o cumprimento de sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos, como, por exemplo, a realização de auditorias.[227]

Dentro da proposta de John Ruggie, a especificação de que as empresas têm a responsabilidade de respeitar os direitos humanos parte da observação de que tal responsabilidade já existe como uma norma social bem estabelecida.[228]

---

[225] RUGGIE, 2014, p. 140.
[226] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2008.
[227] Ibidem, p. 17.
[228] DYCKER, Stéphanie De. Permeability and Complementarity of Public and Private International Law: the case of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. In: CABOT, Francisco Javier

Nos termos por ele explicitado, a “responsabilidade” das empresas não se relaciona com as “obrigações legais” previstas em normas do Direito Internacional ou com aquelas do direito interno, mas sim com uma *norma social*, que é definida como um “sentido coletivo de 'dever' em relação conduta de agentes sociais; [...] acompanhada por alguma possibilidade de que desvios da norma receberão sanção social, mesmo que seja apenas uma condenação pública generalizada.”.[229]

Para o autor, há uma norma universal que possui reconhecimento quase universal na esfera social: a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos; tal responsabilidade “quase universal” envolve dois aspectos: primeiro, as próprias empresas reconhecem amplamente o seu dever de respeitar os direitos humanos, adotando práticas e iniciativas para atender a este fim; segundo, o desrespeito aos direitos humanos, pelas empresas, causa um grande impacto negativo na sociedade em geral.[230]

Como se verá mais detalhadamente adiante, há cada vez mais empresas que aderem a medidas de Responsabilidade Social Corporativa, o que “demonstra que as empresas reconhecem a necessidade de desenvolver a habilidade para responder a esses mecanismos de conformidade social”.[231]

O terceiro e último pilar do Quadro Referencial apresentado por John Ruggie em 2008 trata do acesso a mecanismos de reparação, em caso de violação aos direitos humanos, os quais podem ser judiciais ou extrajudiciais.

O Quadro aponta que os Estados devem assegurar o acesso à reparação judicial efetiva dos abusos aos direitos humanos praticados em seu território e/ou jurisdição e, também, considerar maneiras para reduzir barreiras práticas e legais que poderiam levar à negativa de acesso à reparação.[232]

Por outro lado, Ruggie afirma que os mecanismos extrajudiciais, que acabam sendo negligenciados, podem “desempenhar uma função de tratamento de reclamações e também outras utilidades essenciais, incluindo a promoção dos direitos humanos, oferecendo orientação e fornecendo apoio a companhias e

---

Zamora; DYCKER, Stéphanie De; URSCHELER, Lukas Heckendorn (eds.). **Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights**. Publications of the Swiss Institute of Comparative Law. Geneva/Zurich: Schulthess Éditions Romandes, 2017, p. 26.

[229] RUGGIE, 2014, p. 148.

[230] Ibidem, p. 148-149.

[231] Ibidem, p. 150.

[232] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2008, p. 23.

stakeholders.".[233] O Representante Especial defende, no entanto, que os mecanismos extrajudiciais precisam atender a seis características principais: legitimidade, acessibilidade, previsibilidade, equidade, transparência e compatibilidade com os padrões internacionais em matéria de direitos humanos.[234]

O Quadro Referencial "Proteger, Respeitar e Reparar" foi largamente aceito pelos atores interessados, na medida em esclareceu a complexa interface entre as empresas e os direitos humanos e diferenciou, com clareza, a responsabilidade dos vários atores envolvidos.[235]

Frente ao bem-sucedido (e ainda inacabado) trabalho, o mandato de John Ruggie foi renovado por novo período de três anos, finalizado em junho de 2011. No fim do mandato, foram apresentados ao Conselho de Direitos Humanos da ONU os "Princípios Orientadores da ONU para Empresas e Direitos Humanos" ("*Guiding Principles on Business and Human Rights for implementing the UN Protect, Respect and Remedy Framework*") – que ficaram conhecidos como "Princípios Ruggie" –, oficialmente aprovados por consenso pela Resolução A/HRC/17/4.

Tais Princípios consistem em uma plataforma normativa e em recomendações para políticas de alto nível para o fortalecimento da proteção dos direitos humanos frente às violações causadas por empresas, fornecendo "uma estrutura para a expansão do regime internacional de direitos humanos, de forma que possa englobar não apenas países e indivíduos, mas também empresas".[236]

Ainda no ano de 2011, o Conselho de Direitos Humanos da ONU inaugurou o "Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos", com cinco especialistas independentes com um mandato de três anos. O Grupo tinha como missão disseminar os Princípios Ruggie e procurar identificar os principais desafios e as boas práticas para sua implementação. Em dezembro de 2012, aconteceu em Genebra o primeiro "Fórum de Empresas e Direitos Humanos".[237] Desde então, o encontro acontece anualmente, com a participação de Estados, empresas, sindicatos, organizações não

---

[233] RUGGIE, 2014, p. 161.
[234] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2008, p. 24.
[235] DYCKER, 2017, p. 27.
[236] RUGGIE, Op. cit., p. 182.
[237] CONECTAS DIREITOS HUMANOS. Empresas e Direitos Humanos. **Parâmetros da ONU para Proteger, Respeitar e Reparar**. **Relatório Final de John Ruggie – Representante Especial do Secretário-Geral**. São Paulo: Conectas Direitos Humanos, 2012, p. 02.

governamentais, entre outros atores, para discutir as tendências e os desafios na efetivação dos Princípios Orientadores.[238]

Os trabalhos do Grupo foram prorrogados para um novo mandato de três anos, em 2014 (Resolução 26/22) e em 2017 (Resolução 35/7).[239]

No ano de 2017, o Fórum de Empresas e Direitos Humanos aconteceu nos dias 27, 28 e 29 de novembro, tendo como tema central o acesso à reparação efetiva para violações de direitos humanos cometidas por empresas.

No evento, foi realizado o painel “Termos de ajustamento de conduta e padrões internacionais para o direito a uma reparação efetiva: lições do desastre da barragem de Mariana", que foi moderado por Surya Deva, presidente do Grupo de Trabalho da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, e contou com a presença de Regiane Soares, pescadora de Baixo Guandú atingida pelo desastre e membro do Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB).[240]

Como se viu ao longo desta exposição, as organizações internacionais e, principalmente, a Organização das Nações Unidas “tomaram frente” quanto à problemática da relação entre as empresas e os direitos humanos, buscando soluções, a nível internacional, para os abusos e violações causados pela atividade empresarial. Hodiernamente, os Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos são considerados como o principal instrumento normativo sobre a matéria.

Assim, considerando a importância dos Princípios Ruggie frente à problemática que é o fio condutor deste trabalho – a relação entre as empresas e os direitos humanos– a normativa será abordada a seguir, com as devidas incursões nos pontos que tocam ao objeto específico de estudo – a incorporação dos direitos humanos nas cláusulas contratuais.

---

[238] OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. United Nations Human Rights. About the United Nations Forum on Business and Human Rights. **Portal OHCHR**, Genebra, 2017. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Forum/Pages/ ForumonBusinessandHumanRights.aspx>; Acesso: 28 out. 2017.

[239] OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. United Nations Human Rights. Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. **Portal OHCHR**, Genebra, [2017]. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx>; Acesso: 24 out. 2017.

[240] REPARAÇÃO necessária. Fórum da ONU debate mecanismo de reparação a atingidos pelo rompimento da barragem do Fundão. **Conectas Direitos Humanos**, São Paulo, 05 dez. 2017. Disponível em: <http://www.conectas.org/noticias/reparacao-necessaria>; Acesso em: 28 jan. 2018.

2.3. OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

Consoante abordado no subcapítulo 2.2 *retro*, em julho de 2011 o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas aprovou, por intermédio da Resolução A/HRC/17/4, os "Princípios Orientadores da ONU para Empresas e Direitos Humanos" ("*Guiding Principles on Business and Human Rights for implementing the UN Protect, Respect and Remedy Framework*"), fruto do trabalho de John Gerard Ruggie – Representante Especial do Secretário das Nações Unidas. O documento tem por fundamento os três pilares do Quadro Referencial "Proteger, Respeitar e Reparar" e possui como destinatários os Estados e "todas as empresas independentemente de seu tamanho, setor, contexto operacional, proprietário e estrutura".[241]

Logo de início, importante ressaltar que os Princípios Ruggie possuem natureza de *soft law,* pois não vinculam juridicamente os Estados e as empresas que os adotam.[242] A natureza *soft law* dos Princípios Orientadores, contudo, não retira sua importância:

> Apesar de não se constituírem como normas de direito positivo, não se pode olvidar o caráter político das normas de *soft law* para o Direito Internacional, bem como a sua importância na formação ulterior de normas vinculantes de Direito Internacional e de uma conduta internacional que garanta, no caso, a proteção aos direitos humanos no âmbito corporativo. Dessa maneira, as disposições de *soft law* se constituem como um importante passo para o desenvolvimento de costumes e, posteriormente, de uma normativa vinculante de Direito Internacional Público e de Direito Internacional de Direitos Humanos nas temáticas em que são estabelecidas.[243]

Os 31 (trinta e um) Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos estão divididos em três títulos. O primeiro tem como fundamento o reconhecimento de que os Estados assumiram obrigações de respeitar e promover os

---

[241] "Princípio 14: A responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos aplica-se a todas as empresas independentemente de seu tamanho, setor, contexto operacional, proprietário e estrutura. No entanto, a magnitude e a complexidade dos meios dispostos pelas empresas para assumir essa responsabilidade pode variar em função desses fatores e da gravidade dos impactos negativos das atividades da empresa sobre os direitos humanos." (CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2012, p. 11).
[242] CARDIA; GIANNATTASIO, 2016, p. 134.
[243] CARDIA, 2014, p. 126.

direitos humanos; o segundo baseia-se no papel das empresas, como órgãos especializados da sociedade, que devem respeitar os direitos humanos e; o terceiro guarda relação com a “necessidade de que os direitos e obrigações sejam providos de recursos adequados e eficazes, em caso de descumprimento”.[244]

A primeira parte, que trata do dever do Estado de proteger os direitos humanos, conta com 10 (dez) princípios que trazem diferentes regras sobre a obrigações imposta aos entes estatais. O primeiro princípio esclarece qual o papel dos Estados em matéria de “empresas e direitos humanos”, afirmando que os entes estatais têm o dever de proteger contra violações dos direitos humanos cometidas em seu território e/ou sua jurisdição por terceiros, inclusive por empresas, de modo que devem adotar as medidas apropriadas para prevenir, investigar, punir e reparar tais abusos por meio de políticas adequadas, legislação, regulação e submissão à justiça.

Entende-se que os Estados podem descumprir suas obrigações quando as violações cometidas por empresas possam ser a eles atribuídas ou quando não adotem medidas adequadas para prevenir, investigar, punir e reparar os abusos.

O segundo princípio recomenda que os Estados assegurem que todas as empresas domiciliadas em seu território e/ou jurisdição respeitem os direitos humanos. Espera-se, aqui, que os Estados de origem exijam que as empresas respeitem os direitos humanos no exterior.[245]

Os demais princípios relacionados ao papel do Estado dizem respeito ao modo pelo qual os Estados devem cumprir sua obrigação de “proteger”: são os “princípios operacionais”. Recomenda-se a adoção e efetivação de leis e políticas públicas (Princípio 3), além de medidas adicionais de proteção contra as violações de direitos humanos cometidas por empresas de propriedade dos Estados ou sob seu controle (Princípio 4). Adverte-se, também, sobre a necessidade de os Estados exercerem uma supervisão adequada quando contratam os serviços de outras empresas (Princípio 5)[246], e de promover o respeito aos direitos humanos por parte das empresas com as quais realizam transações comerciais (Princípio 6).[247] Em última

---

[244] SILVA, A.; PAMPLONA, 2016, p. 154.
[245] CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2012, p. 04.
[246] "Princípio 5: Os Estados devem exercer uma supervisão adequada, a fim de cumprir suas obrigações internacionais de direitos humanos, quando contratam os serviços de empresas, ou promulgam normas com essa finalidade, que possam ter um impacto sobre o gozo dos direitos humanos." (Ibidem).
[247] "Princípio 6: Os Estados devem promover o respeito aos direitos humanos por parte das empresas com as quais realizam transações comerciais." (Ibidem).

análise, estes dois últimos princípios cuidam de modo direto das relações travadas entre os Estados, enquanto contratante de produtos e serviços, e as empresas fornecedoras.

Tendo em vista que o risco de graves violações de direitos humanos é maior em regiões afetadas por conflitos, recomenda-se que os Estados tratem de assegurar que as empresas que operem em tais contextos não se vejam implicadas em abusos dessa natureza, com a adoção de algumas medidas concretas, tais como "colaborar o mais cedo possível com as empresas para ajudá-las a identificar, prevenir e mitigar os riscos para os direitos humanos que impliquem suas atividades e relações empresariais" (Princípio 7). Os princípios 8, 9 e 10 cuidam da necessidade dos Estados de garantir a coerência política, no plano nacional e internacional em matéria de "empresas e direitos humanos", conciliando diferentes necessidades sociais. Estes últimos três princípios da parte do tripé "proteger, respeitar e reparar" visam que os Estados consigam o equilíbrio adequado para lidar com a problemática, requerendo que os entes estatais disponham de políticas, leis e processos necessários para implementar as obrigações provenientes das normas internacionais de direitos humanos e apoiem os departamentos e organismos que orientam as práticas empresariais.[248]

A segunda parte cuida, em 14 (quatorze) princípios, da responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos. O princípio 11, logo de início, esclarece o que significa o "respeito aos direitos humanos" pelas empresas: "Isso significa que devem se abster de infringir os direitos humanos de terceiros e enfrentar os impactos negativos sobre os direitos humanos nos quais tenham algum envolvimento.". A responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos independe da capacidade e/ou vontade dos Estados de cumprir suas próprias obrigações, tratando-se de uma responsabilidade adicional, além do cumprimento das leis e normas nacionais de proteção aos direitos humanos.[249] O princípio 12, por sua vez, faz menção a uma noção ampla de quais direitos devem ser respeitados pelas empresas, incluindo, no mínimo, os direitos enunciados na Carta Internacional de Direitos Humanos e os princípios relativos aos direitos fundamentais estabelecidos na Declaração da Organização Internacional do Trabalho relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho.

---

[248] CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2012, p. 08.
[249] Ibidem, p. 10.

O princípio 13, como um desdobramento do princípio 11, exige que as empresas “evitem que suas próprias atividades gerem impactos negativos sobre direitos humanos ou para estes contribuam, bem como enfrentem essas consequências quando vierem a ocorrer” e “busquem prevenir ou mitigar os impactos negativos sobre os direitos humanos diretamente relacionadas com operações”. Cuida-se da responsabilidade das empresas pelas violações cometidas por suas atividades ou como resultado de suas relações comerciais com outras partes como, por exemplo, da cadeia de fornecedores.

O princípio 14, já mencionado, afirma que os Princípios Orientadores englobam “todas as empresas independentemente de seu tamanho, setor, contexto operacional, proprietário e estrutura.”

Na sequência, o princípio 15 recomenda que para o cumprimento da responsabilidade de respeitar os direitos humanos, as empresas devem contar com políticas e procedimentos apropriados em função de seu tamanho e circunstâncias[250]. Isto é, não basta que as empresas saibam e façam saber que respeitam os direitos humanos, elas devem fazê-lo através de determinadas políticas e procedimentos concretos.

Os princípios 16 a 24 cuidam dos mecanismos de operacionalização das diretrizes destinadas às empresas. O princípio 16 cuida do “compromisso político” a ser expressado pelas empresas mediante uma declaração formal que afirme o respeito aos direitos humanos:

> A declaração de compromisso deve ser pública. Deve ser difundida ativamente entre as entidades com as quais a empresa mantenha relações contratuais; outros atores diretamente vinculados com suas operações, entre os quais cabe incluir as forças de segurança do Estado; os investidores; e, em caso de operações com significativos riscos para os direitos humanos, os interessados que possam ser afetados.
> A difusão interna da declaração e as políticas e os procedimentos correspondentes deve deixar claro quais serão as linhas e os sistemas de prestação de contas, e deve ser acompanhada de qualquer formação que seja necessária realizar aos empregados que ocupem cargos pertinentes na empresa.[251]

---

[250] "Princípio 15: Para cumprir com sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos, as empresas devem contar com políticas e procedimentos apropriados em função de seu tamanho e circunstâncias, a saber: A. Um compromisso político de assumir sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos; B. Um processo de auditoria (due diligence) em matéria de direitos humanos para identificar, prevenir, mitigar e prestar contas de como abordam seu impacto sobre os direitos humanos; C. Processos que permitam reparar todas as consequências negativas sobre os direitos humanos que provoquem ou tenham contribuído para provocar." (CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2012).

[251] Ibidem, p. 12.

O “compromisso político”, como será visto adiante, pode resultar em códigos de conduta e integrar as relações contratuais estabelecidas entre empresas e eventuais parceiros contratuais, fornecedores e clientes. Com efeito, por intermédio desse e de outros mecanismos, “a declaração política de compromisso deve envolver toda a empresa, desde as altas esferas até os demais setores, que de outro modo poderiam atuar sem tomar consciência dos direitos humanos e sem levá-los em consideração.”.[252]

Dando um passo adiante, os princípios 17 a 21 tratam da “auditoria (*due diligence*) em direitos humanos” e de seus componentes essenciais. O processo de auditoria, de acordo com as diretrizes, deve incluir uma avaliação do impacto real e potencial das atividades sobre os direitos humanos, a integração das conclusões e sua atuação a esse respeito; o acompanhamento das respostas e a comunicação de como as consequências negativas são enfrentadas. O objetivo das auditorias, inclusive antes do estabelecimento de relações contratuais[253], é averiguar as consequências específicas num contexto de operações em concreto, o que “implica avaliar o contexto de direitos humanos antes de empreender uma atividade empresarial proposta, sempre que seja possível; identificar os possíveis afetados; catalogar as normas e questões pertinentes de direitos humanos”[254] e; não menos importante, prever as possíveis consequências, as quais devem ser respondidas com medidas de prevenção ou mitigação.

O princípio 22 dispõe, genericamente, sobre o dever de reparação das empesas em casos de violações aos direitos humanos. A responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos vai além da “não violação”, exigindo o seu engajamento para a reparação dos danos eventualmente causados por sua atividade.

Os princípios 23 e 24 recomendam que em qualquer contexto as empresas devem: cumprir todas as leis aplicáveis e “respeitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”; buscar fórmulas úteis em casos de exigências conflitantes; considerar o risco de provocar ou contribuir para violações e; dar

---

[252] CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2012, p. 12.
[253] “A auditoria (due diligence) em matéria de direitos humanos deve ser iniciada o mais cedo possível quando se empreende uma nova atividade ou se inicia uma relação comercial, visto que já na fase de preparação dos contratos ou outros acordos os riscos para os direitos humanos podem ser mitigados ou agravados, bem como herdados por meio de processos de fusão ou incorporação.” (Ibidem, p. 13).
[254] Ibidem, p. 14.

prioridade às medidas para enfrentar os impactos adversos, reais e potenciais, sobre os direitos humanos.

A preocupação refletida nestes dois princípios diz respeito aos contextos nacionais e locais que apresentam maiores riscos de que a atividade empresarial viole os direitos humanos como, por exemplo, nos países que contam com legislações "fracas" em termos de proteção ou naqueles que apresentam zona de conflitos. O que se destaca, aqui, é que "em contextos complexos desse tipo, as empresas devem se assegurar de não agravar a situação.".[255]

Finalmente, a última parte dos Princípios Orientadores trata do acesso aos mecanismos de proteção em caso de violação de direitos humanos provocada pela atividade empresarial, voltando os olhos, novamente, ao papel do Estado. O princípio 25 aduz que é parte do dever de "proteção" dos Estados a adoção de medidas apropriadas para garantir, pelas vias judicial, administrativa, legislativa ou outras, o acesso a mecanismos de reparação eficazes. Sem esse pilar "o dever de proteção dos Estados pode ser debilitado e inclusive carecer de sentido".[256]

Os demais princípios (26-31) cuidam do caráter operacional das diretrizes, destacando os mecanismos: estatais judiciais[257], estatais extrajudiciais de denúncia[258], não-estatais de denúncia.[259]

A preocupação que gira em torno dos mecanismos judiciais diz respeito às barreiras que impedem o acesso de casos legítimos ao Poder Judiciário, como a corrupção, as pressões econômicas e políticas. Além disso, destaca-se as

---

[255] CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2012, p. 17.
[256] Ibidem, p. 19.
[257] "Princípio 26: Os Estados devem adotar as medidas apropriadas para assegurar a eficácia dos mecanismos judiciais nacionais quando abordem as violações de direitos humanos relacionadas com empresas, especialmente considerando a forma de limitar os obstáculos jurídicos, práticos e de outras naturezas que possam conduzir para uma negação do acesso aos mecanismos de reparação." (Ibidem, p. 20).
[258] "Princípio 27: Os Estados devem estabelecer mecanismos de denúncia extrajudiciais eficazes e apropriados, paralelamente aos mecanismos judiciais, como parte de um sistema estatal integral de reparação das violações de direitos humanos relacionadas com empresas." (Ibidem, p. 20-21).
[259] "Princípio 28: Os Estados devem contemplar formas de facilitar o acesso aos mecanismos não-estatais de denúncia que tratam das violações de direitos humanos relacionadas com empresas."
"Princípio 29: Para que seja possível atender rapidamente e reparar diretamente os danos causados, as empresas devem estabelecer ou participar de mecanismos de denúncia eficazes de nível operacional à disposição das pessoas e comunidades que sofram os impactos negativos."
"Princípio 30: As corporações industriais, as sociedades de múltiplas partes interessadas e outras iniciativas de colaboração baseadas no respeito das normas relativas aos direitos humanos devem garantir a disponibilidade de mecanismos eficazes de denúncia." (Ibidem, p. 22).

dificuldades provenientes da desigualdade entre as partes, especialmente quanto aos recursos financeiros, acesso à informação e concorrências profissionais.[260]

Quanto aos mecanismos extrajudiciais de denúncia (administrativos e legislativos), salienta-se a sua efetividade para a complementação dos mecanismos judiciais, que nem sempre se mostram como a melhor solução.

Já os mecanismos não-estatais de denúncia, os quais podem ser administrados pelas próprias empresas, são postos como uma alternativa, que podem oferecer vantagens concretas, como a rapidez de acesso e reparação, custos reduzidos e/ou alcance transnacional.[261] A garantia da eficácia desses mecanismos não-judiciais (estatais ou não-estatais) depende do preenchimento de seis características já mencionadas no item 2.2 *retro*: legitimidade, acessibilidade, previsibilidade, equidade, transparência e compatibilidade com os padrões internacionais em matéria de direitos humanos.[262]

Os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos trazem em si importantes diretrizes para a problemática. Perpassando pela atuação de diversos atores (empresas, Estados, sociedade civil), a normativa, fruto de pesquisas empíricas sobre o tema, lança as bases, no âmbito internacional, para a proteção e o respeito dos direitos humanos na atividade empresarial.

Alguns países, como o Reino Unido, a Holanda, a Dinamarca, a Finlândia, a Lituânia, a Suécia e a Colômbia, aderiram aos Princípios Ruggie e lançaram Planos

---

[260] CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2012, p. 20.

[261] Ibidem, p. 22-23.

[262] "Princípio 31: Para garantir sua eficácia, os mecanismos não-judiciais de denúncia, tanto estatais como não-estatais, devem ser: A. Legítimos: suscitar a confiança dos grupos de interesse aos quais estão destinados e responder pelo correto desenvolvimento dos processos de denúncia; B. Acessíveis: ser conhecidos por todos os grupos interessados aos quais estão destinados e prestar a devida assistência aos que possam ter especiais dificuldades para acessá-los; C. Previsíveis: dispor de um procedimento claro e conhecido, com um prazo indicativo de cada etapa, e esclarecer os possíveis processos e resultados disponíveis, assim como os meios para supervisionar a implementação; D. Equitativos: assegurar que as vítimas tenham um acesso razoável às fontes de informação, ao assessoramento e aos conhecimentos especializados necessários para iniciar um processo de denúncia em condições de igualdade, com plena informação e respeito; E. Transparentes: manter informadas as partes num processo de denúncia de sua evolução, e oferecer suficiente informação sobre o desempenho do mecanismo, com vistas a fomentar a confiança em sua eficácia e salvaguardar o interesse público que esteja em jogo; F. Compatíveis com os direitos: assegurar que os resultados e as reparações sejam conforme aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos; G. Uma fonte de aprendizagem contínua: adotar as medidas pertinentes para identificar experiências a fim de melhorar o mecanismo e prevenir denúncias e danos no futuro; Os mecanismos de nível operacional também deveriam: H. Basear-se na participação e no diálogo: consultar os grupos interessados, para os quais esses mecanismos estão destinados, sobre sua concepção e seu desempenho, com especial atenção ao diálogo como meio para abordar e resolver as denúncias." (Ibidem, p. 22-23).

Nacionais para implementação da normativa. O Brasil, desde a criação dos Princípios Orientadores, não garantiu a sua efetivação por intermédio de um Plano Nacional.[263]

Aliás, o Relatório feito pelo Grupo de Trabalho da ONU sobre a visita realizada ao Brasil em dezembro de 2015 – que envolveu a realização de pesquisas nas cidades de: Brasília, Altamira (construção da usina de Belo Monte), Mariana (contaminação do Rio Doce em razão da ruptura de barragem da Samarco) e Rio de Janeiro (obras de infraestrutura para as Olimpíadas de 2016) – apontou que as a maioria das empresas brasileiras (inclusive as estatais) não conheciam os Princípios Ruggie, não tendo recebido qualquer orientação do Governo brasileiro quanto à existência da normativa da ONU.[264]

Contudo, a par das críticas[265] e da dificuldade de implementação dos Princípios Ruggie em todos os países e em todas as empresas, cuida-se do instrumento mais importante em matéria de empresas e direitos humanos, tendo repercutido, de modo positivo, no âmbito empresarial e estatal, servindo de parâmetro – em conjunto com as outras iniciativas já lançadas – para a adoção de medidas provenientes das próprias empresas, como se verá adiante.

2.4. A RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA: AS INICIATIVAS DAS EMPRESAS

[263] CARDIA; GIANNATTASIO, 2016, p. 135.

[264] UNITED NATIONS. **Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises on its mission to Brazil**. 2016. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/096/43/PDF/G1609643.pdf?OpenElement>; Acesso em: 29 out. 2017.

[265] Como a abordada por Anita Ramasastry: "Estudiosos tem criticado essa dicotomia entre os Pilares I e II, notando que Ruggie focou no dever das empresas de não violar direitos humanos, em detrimento dos deveres positivos de facilitar e promover a realização destes direitos". Tradução livre de: "*Scholars have critiqued this dichotomy between Pillar I and Pillar II, noting that Ruggie has focused the domain of corporate involvement with human rights on the negative obligation to refrain from human rights harms rather than on the positive obligation to facilitate and promote the realization of human rights (Wettstein, 2012). States are often ill placed, some argue, to be the primary enforcers and protectors, and companies can play an important role in doing so as well (Bradford 2012: 271-272)*". (RAMASASTRY, Anita. Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability. **Journal of Human Rights**, v. 14, n. 2, pp. 237-259, research paper n. 2015-39, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2705675>; Acesso em: 30 out. 2017).

Conforme exposto nos subcapítulos acima, o fenômeno da globalização trouxe consigo inúmeros desdobramentos, entre os quais se destacou a valorização do papel das empresas (principalmente das transnacionais) nos cenários econômico, social e político, sendo a *instituição empresa* considerada a *vencedora do século XX.*[266] Tal cenário, por si só, seria suficiente para que as empresas assumissem papéis sociais importantes, capazes de auxiliar no desenvolvimento da sociedade como um todo.

Entretanto, a atividade empresarial desencadeou uma intensa violação de direitos humanos, ensejando a adoção de mecanismos, por organismos internacionais e órgãos estatais, de punição, promoção e proteção destes direitos, além de ensejar uma atuação ativa dos sujeitos e atores da sociedade civil contra as atividades nocivas à própria dignidade humana.

Frente a esta conjectura, com reivindicações em prol da proteção e promoção dos direitos humanos nas mais diversas esferas e, com o fito de proteger a sua imagem (considerando os impactos negativos que as violações aos direitos humanos trazem às reputações das empresas), as empresas, principalmente a partir da linguagem da Responsabilidade Social Corporativa, passaram a assumir responsabilidades quanto aos direitos humanos, exigindo um agir pautado na ética tanto em suas atividades internas, como nas relações estabelecidas com terceiros.

Em termos gerais, a Responsabilidade Social Corporativa (RSC) delineia a relação entre os negócios e a sociedade.[267] Ramon Mullerat, um dos mais famosos expoentes da matéria, assim define seus elementos:

> A RSC pode ser definida como uma concepção pela qual as empresas voluntariamente decidem respeitar e proteger o interesse de uma ampla gama de partes interessadas, e contribuir para um ambiente mais limpo e uma sociedade melhor, através de uma interação ativa com todos. A RSC é o compromisso voluntário assumido pelas empresas para gerenciar seu papel na sociedade de forma responsável. A RSC é o compromisso das empresas de contribuir para o desenvolvimento sustentável, trabalhando em conjunto com funcionários, suas famílias e comunidades locais, ou na sociedade em

[266] NALINI, 2011, p. 297.

[267] SHESTACK, Jerome. Corporate Social Responsibility in a Changing Corporate World. In: MULLERAT, Ramon. **Corporate Social Responsibility: the corporate governance of the 21st century**. Netherlands: Kluwer Law International, 2011, p. 113.

> geral, para melhorar sua qualidade de vida. A RSC é cooperação entre governo, sociedade civil e as empresas.[268;269]

No Brasil, a RSC é conceituada como uma conduta voluntária das empresas, "que vai da ética nos negócios às ações desenvolvidas na comunidade, passando pelo tratamento dos funcionários e relações com acionistas, fornecedores e clientes.".[270]

Historicamente, a Responsabilidade Social Corporativa, que surgiu no seio da academia de Economia, focou no voluntarismo corporativo e na responsabilidade das empresas frente ao seu papel desempenhado na sociedade. O debate sobre a RSC teve início na década de 1930, tomando força em 1950[271], e apenas décadas depois é que a RSC se aproximou dos temas atinentes aos direitos humanos, em particular, em um primeiro momento, daqueles que tocam às normas antidiscriminatórias e aos direitos trabalhistas.[272]

Para Tom Campbell, a aproximação dos direitos humanos com a Responsabilidade Social Corporativa fornece um rico caminho de articulação de prioridades morais no contexto da sociedade contemporânea que, claramente, espera que as corporações façam contribuições para a resolução dos graves problemas

---

[268] Tradução livre de: "*CRS can be defined as a concept whereby companies voluntarily decide to respect and protect the interest of a broad range of stakeholders and to contribute to a cleaner environment and a better society through active interaction with all. CSR is the voluntary commitment by business to manage its role in society in a responsible way. CRS is the commitment of business to contribute to sustainable development working with employees, their families, the local communities in societies to improve their quality of life. CSR is cooperation between government, civil society and business*.". (MULLERAT, Ramon. **Corporate Social Responsibility (A human face to the global economy)**. OGEL 5, 2004. Apud. SHESTACK, 2011, p. 113-114).

[269] Outro interessante conceito é dado por Michael Hopkins: "A Responsabilidade Social Corporativa está preocupada em tratar as partes interessadas de uma empresa ou as instituições de forma ética ou responsável. "Forma ética ou responsável" significa tratar as partes interessadas de uma maneira considerada aceitável de acordo com as normas internacionais. O social inclui a responsabilidade econômica e ambiental. As partes interessadas existem tanto dentro como fora da companhia. O objetivo mais amplo da responsabilidade social é criar padrões de vida cada vez mais altos, preservando a rentabilidade da corporação ou a integridade e a eficiência da instituição [...]". Tradução livre de: "*Corporate Social Responsibility is concerned with treating the stakeholders of a firm or institutions ethically or in a responsible manner. ' Ethically or responsible' means treating stakeholders in a manner deemed acceptable according to international norms. Social includes economic and environmental responsibility. Stakeholders exist both within a firm and outside. The wider aim of social responsibility is to create higher and higher standards of living, while preserving the profitability of the corporation or the integrity and efficiency of the institution […]*." (HOPKINS, Michael. **The planetary bargain**: Corporate Social Responsibility matters. London: Earthscan, 2013, p. 01).

[270] MELO NETO, Francisco Paulo de; FRÓES, César. **Gestão da responsabilidade Social Corporativa**: o caso brasileiro. 2 ed.. Rio de Janeiro: Editora Qualitymark, 2001, p. 31

[271] SHESTACK, Op. cit., p. 114.

[272] RAMASASTRY, 2015, p. 240.

sociais[273], inclusive daqueles causados pela sua própria atividade.[274] A carga "moral" das obrigações assumidas pelas empresas referentes aos direitos humanos, segundo o autor, faz com que elas se equiparem às próprias obrigações legais.[275]

Sob esta perspectiva, reagindo aos riscos de que pudessem provocar ou contribuir para os impactos sociais negativos e, com vistas a assegurar a proteção e promoção dos direitos humanos, as empresas "começaram a adotar, voluntariamente, normas e esquemas de verificação que iam além das exigências jurídico legais".[276]

Assim, códigos de conduta unilaterais começaram a ser adotados, equipes internas de auditoria foram montadas para que fosse verificado se os empregados e prestadores de serviço estavam obedecendo às regras, e de forma gradual, foi surgindo um setor de auditoria social.[277] Os esforços unilaterais, com o tempo, se tornaram iniciativas coletivas, sendo fundados órgãos como, por exemplo, a Associação do Trabalho Justo, criada para monitorar e melhorar as condições de trabalho em empresas como a Nike e a Puma.[278] Acerca dos mecanismos utilizados pelas empresas para a proteção dos direitos humanos, discorre Ana Claudia Ruy Cardia:

> As empresas não apenas elaboram códigos que regulem sua conduta no desempenho de suas atividades e também em sua relação com os consumidores de seus produtos e serviços, mas também produzem relatórios de avaliação que ilustrem suas práticas e seu relacionamento com as partes interessadas (*stakeholders*), como os seus acionistas, os representantes da sociedade civil ou mesmo as organizações internacionais voltadas ao propósito de proteção aos direitos humanos e ao meio ambiente. Também nesse contexto, são muitas as empresas transnacionais que desenvolvem parcerias com ONGs atuantes nas comunidades em que mantêm seus

[273] CAMPBELL, Tom. Normative grounding: a human rights approach. In: CAMPBELL, Tom; MCBARNET Doreen; VOICULESCU, Aurora. **The new corporate accountability**: corporate social responsibility and the law. New York: Cambridge Press, 2007, p. 557.

[274] "A preocupação dos pesquisadores [...] era com a excessiva autonomia dos negócios e o poder destes na sociedade, sem a devida responsabilidade pelas consequências negativas de suas atividades, como a degradação ambiental, a exploração do trabalho, o abuso econômico e a concorrência desleal. Para compensar os impactos negativos da atuação das empresas, empresários se envolveram em atividades sociais para beneficiar a comunidade, fora do âmbito dos negócios das empresas, como uma obrigação moral." (BORGER, Fernanda Gabriela. Responsabilidade social empresarial e sustentabilidade para a gestão empresarial. **Portal do Instituto Ethos**, São Paulo, 19 jun. 2013. Disponível em: <https://www3.ethos.org.br/cedoc/responsabilidade-social-empresarial-e-sustentabilidade-para-a-gestao-empresarial/#.WbrR-8iGOWV>; Acesso em: 14 set. 2017).

[275] "Isso significa que ONGS, por exemplo, podem pressionar as corporações a respeitarem as obrigações morais e sociais, tanto quanto as obrigações legais". Tradução livre de: "*This means that NGOs, for instance, are entitled to put as much pressure on corporations over failure to respect their moral (or societal) human rights obligations as those which are also legal obligations*". (CAMPBELL, Op. cit., 2007, p. 559).

[276] RUGGIE, 2014, p. 124.

[277] Ibidem, p. 124-125.

[278] Ibidem, p. 125.

> negócios a fim de garantir o desenvolvimento socioeconômico daquele nicho populacional que será sobremaneira afetado por suas atividades.[279]

O atendimento ao dever de proteção aos direitos humanos no âmbito empresarial acontece, também, por intermédio dos contratos celebrados pelas empresas, principalmente nos contratos internacionais firmados entre empresas de diferentes países. A adoção das medidas de Responsabilidade Social Corporativa pelas empresas para o atendimento a valores éticos restou reproduzida nas relações contratuais, através da inserção de disposições contratuais que proíbem, previnem ou sancionem violações a direitos humanos.

A inclusão de *standards* éticos nos contratos se dá, na maioria das vezes, através da incorporação dos códigos de conduta das empresas nos instrumentos contratuais, seja através da remissão aos termos das normativas, seja por intermédio da transcrição expressa de seu conteúdo no próprio contrato.

Estas previsões contratuais, em sua grande maioria, dizem respeito a direitos que guardam certa relação com o objeto do contrato como, por exemplo, as cláusulas que proíbem a utilização de trabalho em condições análogas à escravidão em contratos que contam com a produção de bens por uma das partes.

Atualmente, percebe-se um número cada vez maior de empresas que, pelos mais diversos caminhos [como, por exemplo, a adoção de normativas internacionais como o Pacto Global da ONU, ou a realização de parcerias com ONGs ou com os próprios entes estatais] adotam iniciativas de Responsabilidade Social Corporativa, nos mais variados ramos de produção de bens e serviços. Inclusive, “hoje é raro que que corporações multinacionais ou outras empresas não tenham ou participem de uma ou mais iniciativas de RSC”.[280]

Visando dar ao tema uma visão mais “concretizadora”, passa-se a discorrer sobre como as empresas têm, na prática, incorporado a linguagem dos direitos humanos em suas operações.

O Yahoo! – cujo nome foi alterado para “Oath” –, uma das empresas mais afetadas com a publicidade negativa decorrente da violação de direitos humanos[281], possui um Código de Ética denominado “*Winning with Integrity*” (em tradução livre:

---

[279] CARDIA, 2014, p. 83.
[280] RUGGIE, 2014, p. 126.
[281] Consoante exposto na nota de rodapé 223.

Vencendo com Dignidade)[282] que se aplica a todas as relações da empresa, isto é, com usuários, empregados, sócios, partes interessadas (*stakeholders*) e fornecedores. O Código possui mecanismos e ferramentas para que seja executado, como o Escritório de Ética e *Compliance*, que supervisiona as práticas da empresa, dos funcionários e dos parceiros contratuais; a previsão de sanções para quem desrespeita os valores ali enumerados; e a Equipe de Avaliação de Impactos, que identifica as circunstâncias em que a atuação do Yahoo! ("Oath") pode trazer prejuízos à sociedade.[283]

O Yahoo! ("Oath") considera que os valores enumerados em seu código de conduta não só integram a cultura da empresa, mas também definem o que a empresa é. Todos os negócios do Yahoo! ("Oath) devem ser conduzidos com honestidade e integridade. Empregados e membros da gerência são sempre induzidos a se perguntar durante a condução de um negócio: "Isso é ético? Isso é legal?".[284]

A empresa se esforça para fazer as comunidades em que opera melhores lugares para viver e trabalhar, questão esta sempre relacionada ao seu compromisso com os direitos humanos: o Yahoo! ("Oath") apoia a ideia de que todos os usuários devem gozar de direitos humanos, como a liberdade de expressão. O Yahoo! ("Oath") acredita que tais valores podem ser protegidos e promovidos através da tomada responsável de decisões nos negócios e da aplicação das normas protetivas.

Reflexos do seu compromisso com os direitos humanos[285], são o "Fundo de Direitos Humanos Yahoo!", criado para dar assistência às pessoas na China que tenham sido presas por expressar suas opiniões via internet; e a Iniciativa de Rede Global, iniciada em 2008 em conjunto com o Google, a Microsoft, organizações da sociedade civil e pequenas empresas, que tem como objetivo desenvolver abordagens comuns para reagir às políticas governamentais que violam a liberdade de expressão e a privacidade.

---

[282] Código de Ética do Yahoo!: YAHOO HOLDINGS, INC. **Yahoo's Coda Of Ethics**. Sunnyvale, California. Disponível em: <http://files.shareholder.com/downloads/YHOO/0x0x239565/4f32ddd0-82e5-47c2-ac71-75403ebbb404/CodeOfEthics_Ext_1008.pdf>; Acesso em: 04 nov. 2017.
[283] WETZEL, 2015, p. 222.
[284] YAHOO HOLDINGS, INC., p. 6.
[285] Programa de "Empresas e Direitos Humanos" do Yahoo!: YAHOO HOLDINGS, INC.. **Yahoo Business & Human Rights. Portal Web**. Sunnyvale, California, 2018. Disponível em: <http://yahoobhrp.tumblr.com>; Acesso em: 04 nov. 2017.

Outra empresa comprometida com a proteção e promoção dos direitos humanos é a Coca-Cola. Além do Código de Conduta Comercial[286], a empresa possui uma Política de Direitos Humanos[287], que influencia diretamente em sua performance. Neste documento, a empresa sublinha o seu compromisso de conduzir seus negócios de forma ética e responsável e de respeitar os princípios internacionais dispostos na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, na Declaração sobre Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho da Organização Mundial do Trabalho e nos Princípios Orientadores sobre Negócios e Direitos Humanos das Nações Unidas. A empresa é, ainda, signatária do Pacto Global da ONU, reconhecendo que as normativas internacionais dão bases para criar um lugar de trabalho digno, preservar o meio ambiente e fortalecer as comunidades onde a Coca-Cola opera.

Em sua Política de Direitos Humanos, a Coca-Cola dá ênfase em: valorizar a diversidade, respeitar a liberdade de associação, proporcionar um local de trabalho seguro e saudável, proibir todas as formas de trabalho forçado e de tráfico humano, proibir a contratação de mão de obra infantil e remunerar os funcionários de forma competitiva.

A execução das provisões internas da Coca-Cola é supervisionada pelo Escritório de Ética e *Compliance*, que é responsável por tomar todas as decisões relevantes sobre as sanções impostas em casos de violações ao Código de Conduta ou à Política de Direitos Humanos.

---

[286] Código de Conduta Comercial da Coca-Cola: THE COCA-COLA COMPANY. **Código de Conduta Comercial**. Atlanta, Georgia, abr. 2009. Disponível em: <http://www.coca-colacompany.com/content/dam/journey/us/en/private/fileassets/pdf/2012/11/COBC_Portuguese.pdf>; Acesso em 04 nov. 2017.

[287] Política de Direitos Humanos da Coca-Cola: THE COCA-COLA COMPANY. **Política de Direitos Humanos da Coca-Cola Company**. Atlanta, Georgia, 2017. Disponível em: <http://www.coca-colacompany.com/content/dam/journey/us/en/private/fileassets/pdf/2014/11/human-rights-policy-pdf-portuguese-brazil.pdf>; Acesso em: 04 nov. 2017.

Outras empresas como, por exemplo, a Shell[288], a Nike[289], a Nestlé[290] e a FIAT[291], possuem códigos próprios de conduta, contando com setores especializados de Responsabilidade Social Corporativa.

No Brasil, destaca-se o trabalho que vem sendo feito pela Avon – empresa norte-americana fundada em 1886 e atuante no Brasil desde 1958. Além de possuir um extenso Código de Conduta[292], aplicável "a todos na Avon, independente do cargo ou tempo de empresa, incluindo Conselho Administrativo, Diretoria e funcionários da Avon no mundo todo"[293], a Avon mantém no Brasil, desde 2003, a ONG Instituto Avon, que tem como objetivo "coordenar as ações de investimento social da empresa em relação às duas maiores causas sociais da Avon: o combate ao câncer de mama e à violência doméstica".[294]

A "Campanha Avon Contra o Câncer de Mama" foi lançada em 1993 com o fito de salvar a vida de mulheres por meio da promoção da detecção precoce do câncer de mama, através do incentivo à multiplicação de informação e projetos que facilitem e agilizem o acesso aos exames de detecção precoce, como a mamografia. Até 2015, foram direcionados para esta causa R$ 61 milhões, aplicados em 131 projetos. A "Campanha Fale sem Medo – não à Violência Doméstica" foi lançada em 2008, visando contribuir para a educação, conscientização e reflexão para a prevenção e o combate da violência doméstica.[295] Até 2015, o Instituto já havia

---

[288] Código de Conduta da Shell: ROYAL DUTCH SHELL PLC. Departamento de Ethics and Compliance. **Nosso Código de Conduta**. Netherlands/United Kingdom, nov. 2015. Disponível em: <http://coc.shell.com/pt_br/shared/code-of-conduct/_jcr_content/par/textimage_c0e4.stream/1454357582430/12b9e0b35d1811de94cdd21182f391e80e4caca5412f9485f905186e9901e269/code-of-conduct-portuguese-2016-coloured.pdf>; Acesso em: 04 nov. 2017.

[289] Código de Conduta da Nike: NIKE, INC. **The Nike Code of Ethics**. 2011. Disponível em: <https://s1.q4cdn.com/806093406/files/doc_downloads/governance/2011-Inside-the-Lines-online-booklet-FINAL-11-10-26.pdf>; Acesso em: 04 nov. 2017.

[290] Código de Conduta da Nestlé: NESTLÉ S. A.. **Código de Conduta Empresarial da Nestlé**. Vevey, Suíça, 2008. Disponível em: <https://empresa.nestle.pt/recursoshumanos/documents/codigo-conduta-empresarial.pdf>; Acesso em: 04 nov. 2017.

[291] Código de Conduta da FIAT: FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES (GRUPO FCA). **Código de Conduta**. Turim. Disponível em: <http://www.fiat.com.br/content/dam/fiat-brasil/institucional/Codigo_de_conduta.pdf>; Acesso em: 04 nov. 2017.

[292] Código de Conduta da Avon: AVON PRODUCTS INC.. **Código de Conduta**. Nova York, 2013. Disponível em: <http://www.avoncompany.com/documents/ethics_and_compliance/Code_of_Conduct_Portuguese.pdf>; Acesso em: 04 nov. 2017.

[293] Ibidem, p. 9.

[294] AVON COSMÉTICOS LTDA. Responsabilidade Social. **Avon Portal web**. São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.avon.com.br/aavon/responsabilidade-social>; Acesso em 04 nov. 2017.

[295] AVON COSMÉTICOS LTDA. Instituto Avon. **Avon Portal web**. São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.avon.com.br/aavon/instituto-avon>; Acesso em 04 nov. 2017.

destinado R$ 20 milhões a 68 projetos para colaborar com a causa. Em seu *site*, o Instituto Avon detalha as medidas tomadas em ambas as campanhas.[296]

Do exposto até aqui, percebe-se que não são poucas as medidas adotadas, de forma voluntária pelas empresas, para a proteção e a promoção dos direitos humanos. A importância das iniciativas das empresas é demasiada: elas auxiliam na efetivação dos direitos humanos, criando uma cultura voltada ao respeito destes direitos, elas podem chamar a atenção dos Estados para a elaboração e aplicação de normas protetivas no âmbito nacional, além de atrair consumidores interessados em adquirir produtos e serviços desenvolvidos em observância a padrões éticos.[297]

Assim, tais iniciativas, somadas ao papel do Estado de proteção, controle, acesso à reparação e punição das empresas em caso de violações aos direitos humanos, representam um grande passo nos problemas que se instauraram, principalmente, com a globalização econômica.

A utilização dos contratos como instrumento de prevenção, proteção e promoção dos direitos humanos no âmbito empresarial é uma das facetas das iniciativas adotadas pelas empresas neste cenário. Como dito anteriormente e será pormenorizadamente explicitado a seguir, a aproximação das empresas e dos direitos humanos ensejou a incorporação de padrões éticos nos contratos celebrados no "mundo dos negócios", sendo esta uma das mais importantes ferramentas para a problemática que circunda este trabalho: as graves violações aos direitos humanos provenientes da atividade empresarial.

---

[296] AVON COSMÉTICOS LTDA. Instituto Avon. As causas do Instituto Avon. **Avon Portal web**. São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.institutoavon.org.br/#/causas/as-causas-do-instituto-avon>; Acesso em: 04 nov. 2017.

[297] No que toca ao tema, discorre Cristina Ramberg: "A venda de emoções é voltada para o cliente final. Muitas vezes, é necessário que todo o processo de produção esteja voltado para o objetivo de criar um valor emocional que o cliente final esteja disposto a pagar. Todos os subcontratantes contribuem para a criação do valor emocional. Se um subfornecedor falhar, todo o valor emocional pode ser destruído". Tradução livre de: "*The sale of emotions is ultimately aimed at the end customer. It is often necessary that the whole production process is set up with the aim to create emotional value that the end customer is willing to pay for. All sub suppliers contribute in the creation of the emotional value. If one sub supplier fails, the whole emotional value may be destroyed."* (RAMBERG, Cristina. Emotional non-conformity in the international sale of goods, particularly in relation to CSR-Policies and Codes of Conduct. In: SCHWENZER, Ingeborg; SPAGNOLO, Lisa. **Boundaries and Intersections: 5th Annual MAA Schlechtriem CISG Conference**. Haag, Germany: Eleven International Publishing, 2014, p. 77).

CAPÍTULO III. A INCORPORAÇÃO DA LINGUAGEM DOS DIREITOS HUMANOS NOS CONTRATOS: AS CLÁUSULAS ÉTICAS

Libertar a vida nos obriga, em primeiro lugar, a desvanecer nosso eu a partir dos encontros com os outros; em segundo lugar, a experimentar o mundo real incorporando a nosso devir o movimento dos outros. E, por último, a produzir um conjunto ou um mundo desejável, "dispondo" e concatenando elementos que formam encontros que nos convêm.
Joaquín Herrera Flores

Ultrapassados os debates diretamente relacionados à atividade empresarial e os direitos humanos, chega-se à última parada dessa jornada: a análise da incorporação de obrigações concernentes aos direitos humanos nos contratos celebrados no "mundo dos negócios".

Como anteriormente abordado, a adoção de inciativas voluntárias[298] pelas empresas para o atendimento a valores éticos restou refletida, também, nas relações contratuais travadas no âmbito empresarial, passando os contratos a contar com cláusulas que visam, entre outros aspectos éticos, a proteção e a promoção dos direitos humanos. É o que optamos por denominar de "cláusulas éticas".[299]

Estas cláusulas se qualificam como instrumentos de regulação de práticas relacionadas à Responsabilidade Social Corporativa, determinando obrigações excepcionais do ponto de vista econômico. A sua adoção, além de cristalizar a aproximação entre "empresas e direitos humanos", vem a corroborar a concepção de que o contrato é um instrumento de emancipação da pessoa humana e não apenas uma ferramenta para a circulação de riquezas.

A abordagem do tema proposto neste capítulo encontra-se dividido em quatro sessões: a primeira aborda como o contrato passou a ser encarado como instrumento de emancipação da pessoa humana; a segunda cuida do tema específico das cláusulas éticas, perpassando por sua definição, modos de incorporação e tipos de

---

[298] O uso das expressões relacionados ao "voluntarismo" das iniciativas adotadas pelas empresas serve para diferenciá-las de obrigações legais (como aquelas decorrentes expressamente de lei ou contrato). Não se desconhece, entretanto, que muitas obrigações "voluntárias" repercutem juridicamente, vinculando as empresas, como, por exemplo, no âmbito do Direito do Consumidor – tema que será visto a seguir (Capítulo 3.2.1).

[299] A adoção do termo "cláusulas éticas" encontra respaldo no vocábulo utilizado por Ingeborg Schwenzer. A jurista alemã, que foi uma das primeiras a tratar do tema e é considerada como um dos principais marcos teóricos deste trabalho, utiliza-se da expressão "*ethical standards"* em diversos textos em que cuida do assunto como, por exemplo, nos artigos "*Ethical values and international sales contracts*" e "*Ethical standards in CISG contracts*" e no livro "*Global sales and contract law*".

contrato em que estão inseridas; a terceira trata dos aspectos jurídicos das cláusulas éticas e; por último, a quarta sessão analisa os aspectos culturais destas disposições contratuais, trazendo, também, um panorama geral sobre o tema.

3.1. O CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE EMANCIPAÇÃO DA PESSOA HUMANA

Falar na incorporação de cláusulas que visam proteger e promover os direitos humanos nos contratos firmados no âmbito empresarial é, antes de mais nada, entender o instituto "Contrato" não apenas como um instrumento de circulação de riquezas, mas sim como uma ferramenta que permite a própria emancipação da pessoa humana.

Visualizar o contrato sob tal perspectiva demanda uma análise, ainda que breve, de como se deu a mudança de paradigma no âmbito do Direito Contratual – que deixou de considerar a relação contratual apenas no que concerne aos seus aspectos econômicos, realocando-o e recondicionando-o na moldura da dignidade da pessoa humana.

Por opção metodológica, fazemos um recorte temporal, partindo do contrato moderno para, então, apresentar o "conceito pós-moderno de contrato".[300]

O contrato foi e continua sendo visto como "o instrumento por excelência da autocomposição dos interesses e da realização pacífica das transações ou do tráfico jurídico".[301] Tal concepção, em grande parte, decorre da noção moderna do contrato, que encontra nas premissas ideológicas da Revolução francesa – a liberdade, a igualdade e a fraternidade – a sua base dogmática, eis que o próprio Código Civil Francês de 1804 (o *Code)* – que lançou luzes para todos os povos do cenário europeu e de suas ainda colônias – incorporou os três alicerces da Revolução em sua estrutura.[302]

---

[300] Termo utilizado por Paulo Nalin, quando trata da reformulação do instituto do Contrato sob a perspectiva civil-constitucional na obra "Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional.". (NALIN, 2008).

[301] LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 15.

[302] NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. A força obrigatória dos contratos no Brasil: uma visão contemporânea e aplicada à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em vista dos princípios sociais do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 1, pp. 111-134, jul./set. 2014, p. 124.

Para Sílvio de Salvo Venosa, o contrato, no sistema francês liberal, era posto como o ponto máximo do individualismo. Segundo o autor, concebia-se a ideia do contrato como algo absolutamente paritário, no qual as partes tinham idêntico poder no embate de suas pretensões.[303]

Esta concepção, considerada pela doutrina como "tradicional", restou refletida, também, no famoso Código Civil Alemão de 1896 que, tal como o Código Civil Francês, preocupava-se primordialmente em regular as questões patrimoniais, com ênfase em princípios como o da autonomia da vontade, da força obrigatória dos contratos e da não intervenção estatal.[304]

De acordo com essa visão, propagada ao redor do mundo ocidental e, posteriormente confirmada com o predomínio do capitalismo industrial da segunda metade do século XIX e da primeira metade do século XX, o contrato era a expressão da liberdade contratual e da autonomia privada, sendo estruturado segundo os esquemas da oferta e da aceitação, do consentimento livre, da igualdade formal das partes e da fórmula do *pacta sunt servanda*.[305]

Paulo Nalin aborda com profundidade as características e a função do Direito Contratual Moderno:

> O contrato era tido como um instrumento de circulação de riquezas, constituindo-se em adequado e legítimo mecanismo para que a classe em ascensão (burguesa) tivesse, à sua disposição, um meio legal para obter da classe aristocrática em decadência a tradição do bem jurídico mais importante para aquele sistema jurídico que era o real imobiliário. Estava consagrado o dogma da vontade, e o contrato definido como instrumento de sua convalidação. [...].
> Vale frisar que a concepção moderna de justiça contratual encontrava seu ápice no livre exercício da vontade individual, única fonte legitima, conforme se viu, de produção de justiça [...].
> Na sequência, já estável o poder econômico e político burguês, serve o *Code* novamente à classe dominadora que foi consagrada pela Revolução Industrial como instrumento de exploração da liberdade do homem.[306]

No Brasil, o Código Civil de 1916 refletiu a ideologia do Direito Contratual moderno. Nos moldes inseridos por Clóvis Beviláqua, o tripé principiológico de sustentação do contrato moderno era formado pela liberdade contratual, pela obrigatoriedade do contrato e pela relatividade dos efeitos do contrato; antecedidos

---

[303] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. v. 2. 10 ed.. São Paulo: Atlas, 2010, p. 234.
[304] Ibidem, p. 373.
[305] LÔBO, 2011, p. 19-20.
[306] NALIN, 2008, pp. 110-111.

pelos princípios gerais do individualismo, da liberdade e da igualdade formal.

Manuel García Amigo, catedrático de Direito Civil da Universidade Complutense de Madrid, ilustra com maestria esta concepção, ao apontar que nos cursos acadêmicos, em meados da década de 1950, o contrato era definido como um instrumento técnico jurídico pelo qual se realizava a liberdade jurídica contratual: “uma pessoa contratava se queria, com quem queria e como queria”.[307]

O modelo tradicional ou “moderno” de contrato, no entanto, sucumbiu diante da realidade fática que se pôs à sua frente.

As alterações sofridas pelo instituto do contrato, por óbvio, não aconteceram repentinamente. Ao contrário: a mudança de paradigma do Direito Contratual é fruto de uma constante evolução histórico-cultural, que desaguou na releitura do ordenamento jurídico como um todo e, via de consequência, dos contornos assumidos pelo contrato.

Diversos fatores contribuíram para a releitura do Direito Contratual moderno: a igualdade formal perdeu espaço, precipuamente em razão da especialização dos contratos de trabalho e de consumo; o Estado passou a intervir de forma mais direta nas relações privadas, limitando a liberdade de contratar e a autonomia privada; os institutos do Direito Civil passaram a ser funcionalizados; o absolutismo do vínculo entre o contrato e a vontade das partes contratantes passou a ser questionado a partir do surgimento das contratações em massa (contratos de adesão); surgiram movimentos populares que passaram a postular muito mais que a liberdade e a igualdade formais; a liberdade contratual transformou-se em instrumento de exploração do contratante vulnerável.[308] Diante testa conjectura, houve uma verdadeira “reconstrução do próprio sistema contratual orientada no sentido de libertar o conceito de contrato da ideia de autonomia privada e admitir que, além da vontade das partes, outras fontes integram o seu conteúdo”.[309]

O sistema retratado no *Code Civil* da França revelou esgotamento, cedendo espaço para novos princípios sociais mitigadores da autonomia privada, passando a

---

[307] Tradução livre de: "*una persona contrata si quería, con quien quería y como quería"* (AMIGO, Manuel García. Idea del contrato: 50 años después (consideraciones previas a una definición del contrato). In: POMBO, Eugenio Llamas. **Estudios de derecho de obligaciones**: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez. Madrid: Editora La Ley, 2006. p. 737).

[308] SIRENA, Hugo Cremonez. **Do contrato ao contato: um estudo sobre as relações contratuais de fato**. 2013. 172p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 52-53.

[309] GOMES, Orlando. **Contratos**. 18 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 15.

Constituição, seus princípios e valores a desempenhar papel central no próprio Direito Privado.[310]

No âmbito teórico, a mudança de paradigma do Direito Contratual não se deu apenas por um caminho. Pode-se dizer, entretanto, que uma das mais importantes vias para a renovação dos institutos privados, nos quais se inclui o Contrato, ocorreu através da adoção da metodologia civil-constitucional – a qual se elege neste trabalho como marco teórico para a abordagem do tema, voltando-se os olhos ao que se produziu no Brasil sobre o assunto.

Grande expoente da escola civil-constitucional é o italiano Pietro Perlingieri que influenciou, de modo direto, juristas dos mais diversos países, incluindo os civilistas brasileiros.[311] Tal autor, aliás, como mencionado no Capítulo 1 deste trabalho, defende a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sustentando que: “apesar de a norma constitucional aparentemente ser utilizada como instrumento hermenêutico de um enunciado ordinário, na realidade ela se torna parte integrante da própria normativa destinada a regular a concreta relação”.[312]

O amadurecimento de suas ideias sobre a leitura do Direito Civil à luz da Constituição passa pelas obras "*Produzione Scientífica e realtá pratica: uma fratura da evitare*" (1969) e "*Norme costituzionale e rapporti di diritto civile*" (1979), desembocando na obra mais penetrante "*Il Diritto Civile nella Legalitá Costituzionale*" (1991).[313]

No Brasil, a transformação do papel da ordem jurídica constitucional deu ensejo a assim denominada *constitucionalização do Direito Privado* – significativamente qualificada como uma autêntica “Virada de Copérnico”, de acordo com a inspirada formulação de Luiz Edson Fachin.

Busca-se, antes de mais nada, através da metodologia interpretativa da normalística civil, a unidade do sistema, deslocando o Direito Civil, suas regras e

---

[310] MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro: análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues; NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos de Código Civil. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 294.

[311] Uma das obras mais famosas de Perlingieri e que encontrou grande acolhida no Brasil é a “Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional”, traduzida por Maria Cristina de Cicco. (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997).

[312] PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 579.

[313] NALIN, 2008, p. 30.

princípios, para a tábua axiológica da Constituição Federal de 1988.[314] Paulo Lôbo define a constitucionalização do Direito Civil como "o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do Direito Civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional".[315]

Com efeito, os valores e princípios da Constituição, não estão voltados apenas à relação Estado-indivíduo, mas também à relação interindividual, situada no âmbito dos modelos próprios do Direito Privado.[316] A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, tema abordado no Capítulo 1, engloba essa mudança de paradigma, ao apontar pelo "reconhecimento da existência e aplicação dos direitos que protegem a pessoa nas relações entre particulares"[317], inclusive nas relações obrigacionais.[318]

Especificamente na seara contratual, ler o Código Civil, à luz da Constituição, implica no distanciamento do individualismo e da patrimonialidade contratual. O deslocamento dos parâmetros de interpretação do contato no sistema civil-constitucional, coloca o indivíduo concreto – e a dignidade que a ele é inerente – no centro das atenções:

> [...] qualquer norma ou cláusula contratual, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob essa ótica, as normas de direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo de normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação de atividade cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em consequência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para a regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada.[319]

A Constituição Federal brasileira de 1988 tem como foco primordial a proteção do ser humano em seu aspecto existencial, vetor este que se desloca para o Direito Contratual. Assim, apesar de o contrato possuir evidente função econômica, a

---

[314] TEPEDINO, 2004, p. 8
[315] LÔBO, 1999, p. 101.
[316] MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 1, pp. 59-73, jul./dez. 1991, p. 8.
[317] TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 57.
[318] É o que aponta Pietro Perlingieri: "Exemplos de uso direto das normas constitucionais não faltam também na teoria das obrigações". (PERLINGIERI, 2008, p. 586).
[319] MORAES, Op. cit., p. 68.

produção de riquezas não é seu fim único e precípuo, eis que o contrato, em última análise, deve ser uma ferramenta para a emancipação da pessoa humana – eis o germe do conceito pós-moderno ou contemporâneo de contrato.

Paulo Nalin, sob a perspectiva metodológica civil-constitucional, propõe a formulação de um "conceito pós-moderno de contrato", a qual nos filiamos. Para o jurista, contrato é "relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros".

Os princípios basilares do Direito Contratual moderno, nesse contexto, não restaram integralmente superados, mas foram mitigados por novos princípios de matriz constitucional, como a dignidade da pessoa humana, que coloca o ser humano como protagonista do sistema; o solidarismo constitucional, que desagua na boa-fé objetiva e na função social dos contratos; e o valor social da livre iniciativa, que dá ênfase no caráter existencial e social da atividade econômica.[320] [321]

O contrato, desta forma, como expõe Carlos Pianovski Ruzyk, pode ser visto como "um instrumento de livre desenvolvimento da personalidade", para a realização de aspirações existenciais, as quais, sob a lente do autor, expressam-se em termos de liberdade positiva.[322]

A releitura do Direito Contratual não se limita ao contexto brasileiro. No âmbito da doutrina internacional fala-se, recorrentemente, desta mudança de paradigma. Roger Brownsword, por exemplo, destaca que: "Hoje, o propósito do Direito Contratual provavelmente será colocado em termos mais qualificados, servindo para proteger ou cumprir as expectativas razoáveis de homens e mulheres honestos.".[323]

---

[320] POPP, Carlyle. A eficácia externa dos negócios jurídicos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 144-182.

[321] Sobre o Código Civil de 2002, aponta Paulo Lôbo: "O Código Civil brasileiro, de 2002, apesar de ter utilizado o texto básico do Código individualista de 1916, o que em grande medida condicionou suas diretrizes, corresponde à mudança de paradigmas da contemporaneidade, nos artigos introdutórios ao Livro destinado aos contratos, especialmente os arts. 421 a 424. Os três princípios sociais do contrato estão contemplados, sendo explícitos os da boa-fé e da função social e implícito o da equivalência material nas disposições relativas à revisão judicial dos contratos e no tratamento jurídico atribuído ao contrato de adesão, nomeadamente quanto à interpretação favorável ao aderente e à nulidade de cláusulas abusivas, para além da igualdade formal das partes contratantes." (LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25).

[322] RUZYK, Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e a liberdade**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 274.

[323] Tradução livre de: *"Today, the purpose of contract law is likely to be put in more qualified terms as being to protect, or to fulfil, the reasonable transactional expectations of honest man and women*." (BROWNSWORD, Roger. The law of contract: doctrinal impulses, external pressures, future directions. **Journal of Contract Law**, Australia, v. 31, p. 73-99, 2014, p. 76).

Os contratos internacionais – foco do presente trabalho – também sofreram reflexos com as mudanças ocorridas no seio da sociedade e, apesar de não ser fácil falar em uma simples transposição da teoria do Direito Contratual contemporânea "interna" aos contratos internacionais, uma área de influência e diálogo entre ambos pode ser observada.[324]

Exemplo disto é a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 1º de abril de 2014, que traz em seu conteúdo disposições para a realização de contratos mais justos, como o art. 7º (1)[325], que salvaguarda o respeito à boa-fé no comércio internacional.

No mesmo caminho, o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) – organização intergovernamental independente, com sede em Roma, cujo objetivo consiste em estudar os meios de harmonizar e de coordenar o Direito Privado entre os Estados – lançou no ano de 2010 os "Princípios da UNIDROIT" relativos aos contratos celebrados no comércio internacional, que tem como função originária reduzir a imprevisibilidade relativa ao direito aplicável às relações contratuais internacionais, tendo como um dos dispositivos mais importantes o artigo 1.7 que dispõe que: "Cada uma das partes deve comportar-se segundo os ditames da boa-fé no comércio internacional".[326] Tais princípios, aliás, foram desenhados com vistas a proteger a parte mais fraca da relação contratual.[327]

---

[324] NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. International fair trade (fair trade in international contracts and ethical standards. In: SCHENZER, Ingeborg. **35 years CISG and beyond**. Haia: Eleven International Publishing. 2016, p. 325.

[325] "Artigo 7º (1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como assegurar o respeito à boa-fé no comércio internacional.".

[326] Quanto à boa-fé e o comércio internacional, faz-se imprescindível o destaque de alguns pontos. Ao contrário do que muitos imaginam, a boa-fé objetiva é um princípio angular no sistema de *common law* norte-americano*,* consagrado na experiência jurisprudencial, embora encontre algumas limitações no *common law* britânico, no qual é utilizado de forma casuística, como na hipótese de *estoppel*. No *civil law*, por sua vez, a boa-fé objetiva vem encontrando grandes limitações nos contratos internacionais, uma vez que a partir da CISG (*United Nations Convention on Contracts of International Sale of Goods)*, estabeleceu-se um grande debate acerca da extensão do uso da boa-fé, questionando-se se esta pode ser empregada apenas na interpretação dos contratos ou, ainda, como fonte de deveres de cooperação. O entendimento que tem prevalecido, na específica doutrina da CISG, é o de que "a boa-fé apenas rege a interpretação da Convenção e não cria obrigações entre as partes para agir de boa-fé". Tradução livre de: *"it has been repeatedly declared that good-faith only governs the interpretation of the Convention and does not create obligations between the parties to act in good faith".* (SCHWENZER, Ingeborg FOUNTOULAKIS, Christiana; DIMSEY Mariel. **International sales law: a guide to the CISG**. Oxford, Hart, 2012, p. 48).

[327] "O espírito geral inspirado pelos Princípios é bastante favorável ao lado mais fraco. Os Princípios colocam especial ênfase na boa-fé nas relações contratuais". Tradução livre de: "*L'esprit general que inspire les Principes est plutôt favorable à la partie faible. Les Principes mettent notamment l'accent sur*

Outro exemplo da nova faceta do Direito Contratual – e talvez a mais significante – é a incorporação de cláusulas contratuais em contratos celebrados entre empresas dos mais diversos locais do globo, que visam proteger e promover os direitos humanos, a fim de evitar violações e abusos pelas partes contratantes.

A realidade dos negócios, como já visto ao longo deste estudo, vem demostrando a aproximação cada vez mais estreita entre as políticas sociais e as práticas de mercado. Nesse contexto, um dos instrumentos de regulação de tais práticas é o contrato que fixa *ethical standards* ou "cláusula éticas", as quais determinam obrigações excepcionais do ponto de vista econômico, pois relativas aos direitos humanos e às políticas de emancipação social. O contrato, em tal perspectiva, deixa de ser o instrumento de atribuição proprietária pela circulação de bens, passando a ser instrumento de consagração da pessoa humana, a partir de diretivas dos mercados e dos consumidores que dele se servem

Pode-se dizer que, no contexto das "cláusulas éticas", a disciplina do contrato não está limitada unicamente ao interesse das partes, mas, também, a interesses socialmente legitimados que passam a incidir na relação contratual.[328] Tais interesses, como se verá adiante, podem, entre outros, dizer respeito aos consumidores, ao meio ambiente, às relações de trabalho, às práticas de corrupção.

É sob esta visão, isto é, de que o contrato se põe como um instrumento de emancipação da pessoa humana e de realização de políticas de emancipação social, é que serão traçadas as próximas linhas deste trabalho, aprofundando-se o tema das denominadas "cláusulas éticas".

3.2. AS "CLÁUSULAS ÉTICAS": A UTILIZAÇÃO DOS CONTRATOS COMO MEIO DE PROTEGER E PROMOVER OS DIREITOS HUMANOS

la bonne foi dans les rapports contractuales" (FONTAINE, Marcel. Les principes d'Unidroit et la protection de la partie faible. In: BOELE-WOELKI, Katharina; GROSHEIDE, Willem. **The future of European Contract Law**: essays in honour of Ewoud Hondius to commemorate his retirement as Professor of Civil Law at the University of Utrecht. Netherlands: Kluwer Law International. 2007, p. 184).

[328] COSTA, André Brandão Nery; CASTRO, Raul Murad Ribeiro de. Notas sobre a influência de interesses extracontratuais socialmente relevantes no contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ane Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stéfano Rodotá. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 466.

Como exposto ao longo deste trabalho, o papel das empresas mudou diametralmente com o fenômeno da globalização. Se, em um primeiro momento, o propósito único e principal da atividade empresarial era a geração de lucros, hoje, é possível dizer que as empresas buscam muito mais do que isso – assumindo responsabilidades e obrigações que sempre foram vistas como deveres dos Estados[329], como a proteção e a promoção dos direitos humanos.

Ainda que as empresas não sejam diretamente e legalmente responsáveis pelas obrigações relacionadas aos direitos humanos junto ao Direito Internacional, elas afetam imensamente a esfera destes direitos, seja violando-os, seja buscando medidas para evitar tais violações.

Acerca do segundo aspecto, vimos que as empresas, em grande parte influenciadas por medidas adotadas e divulgadas pelos organismos internacionais, passaram a buscar, através da linguagem da Responsabilidade Social Corporativa, maneiras para a efetivação de políticas relacionadas aos direitos humanos, visando a emancipação da sociedade que é diretamente influenciada por suas atividades.

A mudança de paradigma no âmbito empresarial se deve também aos benefícios que as empresas colhem quando se comprometem com políticas de responsabilidade social. Segundo Claude Fussler, 76 companhias de capital aberto e publicamente comprometidas com políticas de responsabilidade social, conforme o *Dow Jones Sustainability Index* (*DJSI World Index*) tiveram uma sobre-avaliação de suas ações de 3,7%, entre junho de 2001 e junho de 2004, o que demonstra que a reputação social de uma empresa pode se converter em benefícios econômicos.[330]

---

[329] "Embora seja dever primordial dos Estados salvaguardar seus cidadãos e seu bem-estar, ou seja, implementar direitos humanos universalmente aceitos, isso pode ser difícil na prática. Nesse sentido, tornou-se mais difícil fazer isso em um mundo globalizado, eis que os abusos aos diretos humanos geralmente ocorrem muito longe da sede da corporação, como a poluição na Nigéria ou o uso das condições de trabalho inseguras em Bangladesh. As empresas multinacionais geralmente geram lucros maiores do que os Estados." Tradução livre de: "*While it is primaly the duty of states to safeguard its citizens and their well-being, in other words implementing universally accepted human rights, this can be difficult in practice. In one sense, it has become harder to do this in a globalized world and human rights abuses often occur far away from the corporation's headquarters, like the pollution in Nigeria or use of the unsafe working conditions in Bangladesh. Multinational corporations often generate profits larger than states*.". (BUTLER, Pietra. The CISG – A secret weapon in the fight for a fairer world. In: SCHENZER, Ingeborg. **35 years CISG and beyond**. Haia: Eleven International Publishing. 2016, p. 296).

[330] As estatísticas foram extraídas do texto: LEISINGER; SCHWENZER, 2007.

D'outra sorte, uma abordagem oposta demonstra que um comportamento antiético não gerará lucros: "se você pensa que se adequar a padrões éticos é caro, tente não se adequar", provocam Klaus Leisenger e Ingeborg Schewenzer .[331]

Peter Muchilinsk, ao tratar da relação entre as empresas e os direitos humanos, bem destaca a mudança do quadro até então existente, que colocava a atividade empresarial de um lado e a ética (aqui compreendida no contexto do respeito aos direitos humanos) de outro:

> O status legal de "entes privados" das empresas pode ser visto como irrelevante para a extensão das responsabilidades de direitos humanos a tais entidades. Como Andrew Clapham tem fortemente argumentado, as mudanças na natureza e localização do poder no sistema internacional contemporâneo, incluindo o aumento do poder dos atores privados não estatais, como as empresas multinacionais (o que pode permitir-lhes ignorar sistemas tradicionais de governança centrados no Estado), forçaram uma reconsideração das fronteiras entre as esferas privada e pública. Isso, por sua vez, põe em cheque a noção tradicional de Corporação como uma entidade privada sem obrigações sociais ou públicas, com a consequência de que tais atores, inclusive as empresas multinacionais, possam, em princípio, estar sujeitos a obrigações de direitos humanos. Esta posição coincide com o medo de que essas poderosas entidades possam desconsiderar os direitos humanos e, assim, violarem a dignidade humana. As empresas, incluindo, em particular, as empresas multinacionais, devem ser sujeitas a responsabilidades de direitos humanos, não obstante o seu estatuto de entes de direito privado, porque a dignidade humana deve ser protegida em todas as circunstâncias. [...]. Assim, os atores corporativos podem procurar defender os direitos humanos de seus funcionários fora do local de trabalho, estabelecer padrões éticos em subcontratos e se recusar a aceitar os benefícios das medidas governamentais, buscando melhorar o clima empresarial na extensão dos direitos humanos fundamentais. Da mesma forma, quando as empresas operam em ambientes instáveis, devem garantir que suas disposições de segurança cumpram os padrões fundamentais de direitos humanos. [...] Além disso, todas as empresas devem desenvolver uma política interna de direitos humanos que garanta que essas preocupações sejam levadas em consideração no gerenciamento de decisões, e que pode encontrar expressão em um código de conduta corporativo.[332]

---

[331] Tradução livre de: *"if you think compliance with ethical criteria is expensive try non-compliance".* (LEISINGER; SCHWENZER, 2007, p. 251).

[332]. Tradução livre de: "*The private legal status of corporate actors may be seen as irrelevant to the extension of human rights responsibilities to such entities. As Andrew Clapham has forcefully argued, changes in the nature and location of the power in the contemporary international system, including an increase in the power of private non-state actors such as multinational enterprises (MNEs) (which may allow them to by-pass traditional state-centered systems of governance), have forced a reconsideration of the boundaries between the private and public spheres. This, in turn, has brought into question the traditional notion of Corporation as a private entity with no social or public obligations, with the consequence that such actors, including MNEs, may in principle be subject to human rights obligations. This position coincides with the fear that these powerful entities may disregard human rights and thereby violate human dignity. It follows that corporations, including, in particular, MNEs, should be subjected to human rights responsibilities, notwithstanding their status as creatures of private law, because human dignity must be protected in every circumstance. [...]. Thus, corporate actors may seek to defend the human rights of their employees outside the workplace, to set standards for their subcontractors and to refuse to accept the benefits of governmental measures that seek to improve the business climate at*

Conforme bem expõe Peter Muchilinsk, o desenvolvimento de uma política interna de direitos humanos no âmbito das empresas pode encontrar expressão em diversos mecanismos para a sua efetivação. A incorporação de *standards* éticos nos contratos celebrados por estas empresas é um deles.

Como uma consequência desta nova tendência mundial de aproximação entre as empresas e os direitos humanos, atualmente, há uma grande preocupação das empresas com a conduta de seus fornecedores e parceiros contratuais, afastando-se aqueles que, de alguma forma, possam estar violando direitos humanos (seja porque se utilizam de trabalho escravo/infantil, ou, porque pratiquem atos de corrupção ou, até mesmo, violem normas ambientais).

Para se alcançar um patamar mais efetivo, os padrões éticos passaram a fazer parte dos contratos propriamente ditos, a partir da inserção das denominadas cláusulas éticas. A observância dos direitos humanos e a sua promoção, portanto, tornam-se obrigações contratuais, que estão sujeitas a todos os efeitos desta concepção.

Partindo da premissa de que o contrato não serve apenas para a circulação de riquezas, mas também para auxiliar na emancipação da pessoa humana e na implementação de políticas que visam ao desenvolvimento da sociedade, não é difícil visualizar que obrigações relacionadas aos direitos humanos estão sendo inseridas nos instrumentos contratuais, incidindo *de forma imediata* (por intermédio de cláusulas contratuais) nas relações privadas (conforme visto no Subcapítulo 1.3.2 deste trabalho).

A implementação e a efetivação das políticas de direitos humanos nas empresas por intermédio de cláusulas contratuais decorrem, em sua grande maioria, pela incorporação das disposições previstas códigos de conduta das empresas nos instrumentos contratuais, transformando-se uma obrigação antes "voluntária" em uma obrigação legal.[333]

---

the expanse of fundamental human rights. Equally, where firms operate in unstable environments, they should ensure that their security arrangements of comply with fundamental human right standards.[...] Furthermore, all firms should develop an internal human rights policy which ensures that such concerns are taken into account in management decision-making, and which may find expression in a corporate code of conduct." (MUCHLINSKI, 2007, p. 438.)

[333] "Um método de transformação de padrões privados em leis é usado pelos próprios atores particulares: as obrigações contratuais que visam ao cumprimento de determinadas normas sociais podem ser criadas através da incorporação de códigos de conduta em contratos privados". Tradução livre de: "*One method of transformation of private standards into hard law is used by the private actors themselves: contractual obligations of compliance with certain social standards can be created by incorporating Codes of Conduct into private contracts*.". (KOCHER, Eva. Private standards between soft

Os contratos celebrados entre as empresas, neste aspecto, são perfilhados de cláusulas que fazem remissão aos seus Códigos de Conduta que, conforme visto no Capítulo 2, trazem em seu conteúdo disposições protetivas aos direitos humanos. É, por exemplo, o caso da Coca-Cola, que exige de seus parceiros de negócios o respeito às diretrizes da empresa, incorporando-as aos seus contratos, com a realização de auditorias para a averiguação de que os termos contratuais são passíveis de serem respeitados ou, após a celebração do contrato, de que estão sendo respeitados.[334]

Feita esta primeira e breve digressão sobre o tema e, com o fito de que um panorama completo acerca das cláusulas éticas seja traçado, abordar-se-á a matéria em itens apartados, iniciando-se com a análise do que são, afinal, as cláusulas éticas e quais são os principais tipos de contratos em que elas são inseridas; para, a seguir, perquirir-se sobre o modo de incorporação destas cláusulas nos instrumentos contratuais.

3.2.1. “Cláusulas éticas”: conceito e linhas gerais

Em resposta a uma variedade de iniciativas legais, sociais e econômicas[335], as políticas de direitos humanos das empresas[336] – as quais encontram respaldo nos *standards* da Responsabilidade Social Corporativa – passaram a ser incorporadas aos contratos celebrados pelos entes privados, a fim de se tornarem obrigações legais, passíveis de serem efetivamente cumpridas.

Como bem aponta Martin Herberg, “a adequação às regras geralmente não pode ser deixada apenas para ação voluntária; em vez disso, é necessário, na maioria dos casos, instituir órgãos especializados de vigilância e fiscalização”.[337] A

law and hard law: the German case. **International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations**, v. 18, n. 3, pp. 265-280, fall 2002, p. 266).

[334] WETZEL, 2015, p. 225.

[335] VANDENBERGH, Michael P. The New Wal-Mart Effect: the role of private contracting in global governance. **UCLA Law Review**, Los Angeles, v. 54, n. 4, pp. 913-970, abr. 2007, p. 914.

[336] Especialmente (mas não somente) das multinacionais.

[337] Tradução livre de: “*Compliance with the rules often cannot be just left to voluntary action; instead, it is necessary, in most cases, to institute specialized organs of surveillance and enforcement”*. (HERBERG, Martin. Global legal pluralism and interlegality: environmental self-regulation in multinational enterprises as global law-making. In: DILLING, Olaf; HERBERG, Martin; WINTER, Gerard.

observância e o respeito a *standards* éticos, desta forma, não podem apenas depender de atitudes "voluntárias" dos atores envolvidos, sendo necessária a adoção de ferramentas e mecanismos para que sejam eles efetivamente cumpridos.

As "cláusulas éticas" correspondem, justamente, a um mecanismo jurídico para o cumprimento de obrigações relacionadas aos direitos humanos. Katerina Peterkova Mitkidis, utilizando-se da nomenclatura "*sustainability contractual clauses*" apresenta uma definição do que seriam estas disposições contratuais. Segundo ela, as "cláusulas contratuais de sustentabilidade" são previsões em contratos celebrados por empresas que acobertam questões sociais e ambientais, as quais não são diretamente conectadas com o objeto principal do contrato, mas prescrevem de que forma as partes devem se comportar na condução daquele contrato.[338]

Tendo como base a definição proposta por Katerina Mitkidis, pode-se dizer que as cláusulas éticas expressam obrigações acessórias – que não estão diretamente relacionadas com a prestação principal do contrato, mas que podem com ela guardar relação –, as quais estipulam o *modus operandi* que devem seguir as partes contratantes antes, durante e depois do período contratual.[339]

A maioria das questões cobertas pelas cláusulas éticas[340] (ou cláusulas de sustentabilidade) relacionam-se com a proteção dos direitos humanos, com as condições de trabalho dos empregados das empresas contratantes, com a proteção ao meio ambiente e, ainda, com previsões anticorrupção.[341] Tal "lista" demonstra que

---

Responsible business: self-governance and law in transnational economic transactions. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 18).

[338] MITKIDIS, Katerina Peterkova. Sustainability Clauses in international supply chains contracts: regulations, enforceability and effects of ethical requirements. **Nordic Journal of Commercial Law**, n. 1, 2014, p. 5.

[339] "Quanto à consideração da relação contratual como um todo complexo, que leva em conta não apenas o período de duração do contrato mas, também, os momentos pré e pós contratuais, além das obrigações que não se esgotam naquelas relacionadas à prestação principal, destacamos a conhecida concepção da 'obrigação como processo', que tem como principal expoente Clóvis de Couto e Silva, para quem a obrigação é uma totalidade orgânica donde advém o "conceito de vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unicidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem." (SILVA, Clóvis Veríssimo de Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 22).

[340] Uma vez mais repisa-se: a adoção do termo "cláusulas éticas" encontra respaldo no vocábulo utilizado por Ingeborg Schwenzer. A jurista alemã, que foi uma das primeiras a tratar do tema e é considerada como um dos principais marcos teóricos deste trabalho, utiliza-se as expressão *ethical standards* em diversos textos em que cuida do assunto como, por exemplo, nos artigos "*Ethical values and international sales contracts*" e "*Ethical standards in CISG contracts*" e no livro "*Global sales and contract law*".

[341] Quanto às previsões anticorrupção, destaca-se o avanço da legislação brasileira que, na famigerada Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/ 2013), a qual entrou em vigor no ano de 2014, regulamenta a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

as cláusulas éticas protegem os interesses gerais da sociedade em detrimento dos interesses privados das partes contratantes, sendo as matérias por elas abordadas concernentes a pessoas que estão “fora” da relação contratual.

A utilização dos contratos para a proteção de interesses extracontratuais socialmente relevantes não corresponde à concepção “tradicional” que colocam os instrumentos contratuais como mero instrumento de otimização de lucros; ao reverso, as empresas estão mais preocupadas em proteger seus interesses “a longo prazo” (como, por exemplo, com a construção de suas reputações), do que em maximizar lucros em uma relação contratual em específico.

A mudança de paradigma no âmbito do Direito Contratual vista no Subcapítulo 3.1 acima, desta forma, é espelhada nas cláusulas éticas, consoante aponta Katerina Peterkova Mitkidis:

> O uso de contratos para fins não relacionados à troca privada também altera a noção de contrato como tal. Da troca de promessas exigíveis juridicamente, os contratos estão se tornando ferramentas relacionais. Dos quadros das transações privadas, eles se movem para a regulamentação do comportamento em geral. De contratos entre partes independentes, eles se aproximam de um tipo de organização. Essas mudanças podem ser observadas em vários contratos comerciais internacionais. Contudo, é nas cláusulas contratuais de sustentabilidade que todas elas estão presentes ao mesmo tempo.[342]

As cláusulas éticas, nesse contexto, são mecanismos jurídicos privados para a proteção dos interesses sociais, que abrangem, *mas não se limitam*, a defesa e a promoção dos direitos humanos. Os valores éticos preconizados e defendidos pelas empresas são incorporados aos contratos, transformando-se em disposições contratuais válidas e passíveis de serem executadas[343], de modo que a corporificação do respeito aos direitos humanos em obrigações contratuais dá às partes contratantes inúmeras possibilidades de “forçar” o seu cumprimento.

É possível afirmar, por tais motivos, que este instrumento normativo privado constitui uma das mais importantes alternativas para a mobilização do envolvimento

---

[342] Tradução livre de: “*The use of contracts for other than private exchange related purposes also shifts the notion of contract as such. From enforceable exchange of promises, contracts are becoming relational tools. From frameworks of private transactions, they move towards regulation of behaviour in general. From contracts between independent parties, they come closer to a type of organization. These shifts can be observed in a number of international business contracts. But it is in sustainability requirements that all of them are present at once*." (MITKIDIS, 2014, p. 6).

[343] SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal; KEE, Chistopher. **Global Sales and Contract Law**. Oxford: Oxford University Press. 2012, p. 381.

do setor privado nas questões sociais, razão pela qual está sendo cada vez mais utilizado no âmbito do comércio internacional.[344;345]

As cláusulas éticas podem aparecer em diversos tipos de contrato. Elas são encontradas, principalmente, em contratos de consumo, em contratos de trabalho, em contratos públicos, em contratos de prestação de serviços entre empresas, em contratos de investidores, em contratos de compra e venda de mercadorias – incluindo-se, nestes últimos, contratos celebrados entre empresas transnacionais e seus fornecedores.

Em razão da importância destes tipos diversos de contratos, analisaremos os mais relevantes deles, partindo dos contratos celebrados nas cadeias de fornecedores (*supply chains)* das empresas transnacionais, que conta com vasta produção bibliográfica.

Não é novidade que as empresas transnacionais, principalmente aquelas que produzem e comercializam bens, utilizam-se de cadeias de fornecedores espalhadas ao redor do globo (principalmente nos países em desenvolvimento), sendo tais fornecedores responsáveis pela produção dos seus produtos ou de partes deles.

Frente aos diversos escândalos que envolveram a violação de direitos humanos por partes de empresas fornecedoras[346], as empresas transnacionais, atendendo às expectativas das partes interessadas (*stakeholders)*, como os consumidores, as ONGS, os investidores, os empregados e a mídia – que começaram a fazer pressão para que a Responsabilidade Social Corporativa dessas empresas fosse refletida, também, em todas aquelas empresas menores que participam da cadeia de fornecedores[347] – passaram a definir, desenvolver e implementar sistemas

---

[344] SCHWENZER, Ingeborg. Ethical standards in CISG contracts. **Uniform Law Review**, Oxford, v. 22, pp. 122-131, mar. 2017.

[345] Apesar de a discussão acadêmica sobre o assunto ser recente, a utilização de cláusulas éticas pelas empresas é de longa data. Michel P. Vandenbergh aponta que a empresa General Eletric, por exemplo, começou a incluir cláusulas em seus contratos relacionadas ao meio ambiente, à saúde e à segurança de funcionários desde 1997, muito embora tal medida não fosse publicamente divulgada. (VANDENBERGH, 2007, p. 924).

[346] A exemplo da Apple na China.

[347] "A responsabilidade social corporativa pode abranger uma ampla gama de tópicos, mas invariavelmente inclui um compromisso com certos padrões mínimos de trabalho. O objetivo de propiciar condições de trabalho "decentes" para os funcionários não é apenas perseguido pela própria empresa. Há evidências de que tal objetivo inclui funcionários de fornecedores, subcontratados e parceiros de *joint venture*, mesmo que ainda em escala limitada." Tradução livre de: "*Corporate social responsibility may cover a broad range of topics, but it invariably includes a commitment to certain minimum labor standards. The goal of „decent" working conditions for employees is not only pursued with regard to the firm itself. There is evidence that it is being formulated to include employees of suppliers, subcontractors and joint venture partners as well, even if still on a limited scale*." (FICHTER, Michael; SYDOW, Jörg. Using Networks Towards Global Labor Standards? Organizing Social

e procedimentos para assegurar que seus fornecedores respeitassem os *standards* éticos[348], entre os quais se destaca a utilização das cláusulas éticas nos contratos.[349] É o que apontam Doreen McBarnet e Marina Kurkchiyan:

> Algumas das empresas cuja reputação mais foi atingida pelo movimento da Responsabilidade Social Corporativa foram prejudicadas pelas práticas de fornecedores externos [...]. A experiência da Nike em relação às práticas de trabalho infantil de seus fornecedores asiáticos de South-Comit simboliza isto. Pode não ser de admirar, então, que muitas grandes empresas não estão apenas divulgando seus princípios e políticas de RSC adotados em suas próprias subsidiárias em todo o mundo, mas estão adotando cada vez mais políticas que incentivem seus fornecedores externos e seus parceiros de *joint venture* a aderir a eles. Algumas empresas levam isso ainda mais longe, estabelecendo, por exemplo, condições de trabalho ou padrões ambientais para os fornecedores como parte do contrato de fornecimento e iniciando seus próprios mecanismos de execução.[350]

No contexto atual, em que a maioria dos fornecedores das grandes empresas transnacionais encontram-se em países cujos governos não dão conta de garantir a proteção dos direitos humanos[351], a incorporação de cláusulas éticas nos contratos é

Responsibility in Global Production Chains. **Industrielle Beziehungen: Zeitschrift für Arbeit, Organisation und Management**, Germany, n. 9, v. 4, pp. 357-380, 2002, p. 360).

[348] ANDERSEN, Mette; LARSEN-SKJOETT, Tage. Corporate Social Responsibility in global supply chains. **Supply Chain Management: An International Journal**, v. 14, n. 2, pp. 75-86, 2009, p. 77.

[349] "Os fornecedores de bens e serviços são frequentemente obrigados a assumir compromissos específicos em relação às relações trabalhistas, ao meio ambiente e aos direitos humanos. Os códigos de conduta geralmente estipulam que a falha do fornecedor em observar essas regras pode sujeitá-lo a diferentes tipos de sanções como, em último caso, o encerramento das relações comerciais". Tradução livre de: "*Suppliers of goods and services are often required to make specific commitments in respect of labor relations, the environment and human rights. Codes of conduct frequently stipulate that failure by the supplier to observe such rules may subject him to different types of sanctions, ultimately the discontinuation of business relations*." (CRONSTEDT, Claes. Some legal dimensions of corporate codes of conduct. In: MULLERAT, Ramon. **Corporate Social Responsibility**: the corporate governance of the 21st century. The Netherlands: Kluwer Law International. 2011, p. 453).

[350] Tradução livre de: "*Some of companies whose reputation has been hardest hit by the CSR movement have found themselves pilloried for the practices of external suppliers […]. Nike's experience vis-à-vis the child labor practices of its south-eats Asian suppliers epitomizes this. It may be no wonder then that many major companies are not only disseminating their adopted CSR principles and policies throughout their own subsidiary companies worldwide, but are increasingly adopting policies that encourage their external supplier, and indeed their joint venture partners, to adhere to them. Some companies take this even further, setting, for example, working conditions or environmental standards for the suppliers as part of the supply contract, and initiating their own enforcement mechanisms*. (MCBARNET, Doreen; KURKCHIYAN, Marina. Corporate social responsibility through contractual control? Global supply chains and 'other-regulation'. In: CAMPBELL, Tom; MCBARNET Doreen; VOICULESCU, Aurora. **The new corporate accountability**: Corporate Social Responsibility and the Law. Nova York: Cambridge Press, 2007b, p. 59).

[351] Sobre o assunto, asseveram Ingeborg Schwenzer e Benjamin Leisinger: "Nos contratos de compra e venda, o dever primário de adotar medidas contra eventuais comportamentos violadores de direitos é do Estado. Contudo, esses governos frequentemente falham em implementar e efetivar os direitos humanos e os *standards* trabalhistas e ambientais". Tradução livre de: *"With regard to sales contract, it is primarily up to governments in the country where the incriminating behavior takes place to take appropriate action. However, these governments all too often fail in implementing and enforcing human rights, labor or environmental standards*." (LEISINGER; SCHWENZER, 2007, 255).

um dos únicos meios de assegurar que as empresas fornecedoras irão garantir *standards* éticos mínimos na produção.[352] Com efeito, "muitas empresas com complexas cadeias de fornecedores, especialmente no setor têxtil, utilizam este mecanismo para obter controle sobre a cadeia de fornecedores e para, de forma legal, melhorar o gerenciamento destas empresas".[353]

O Pacto Global das Nações Unidas, nesse contexto, recomenda aos seus signatários que estendam a proteção e a promoção de direitos humanos em suas respectivas cadeias de fornecedores.[354] Na mesma linha, o Princípio 13 (b) dos Princípios Ruggie dispõe que a responsabilidade de respeitar os direitos humanos exige que as empresas "busquem prevenir ou mitigar os impactos negativos sobre os direitos humanos diretamente relacionadas com operações, produtos ou serviços prestados por suas relações comerciais, inclusive quando não tenham contribuído para gerá-los".

A incorporação de padrões éticos nos contratos internacionais celebrados entre empresas transnacionais e seus fornecedores, na maioria das vezes, não é negociada, eis que os *standards* éticos são unilateralmente impostos pela parte economicamente mais forte da relação contratual[355] – as transnacionais –, através de instrumentos conhecidos como "*Standard Contract Terms*".[356] Outra prática que é frequentemente seguida pelas empresas é a inserção de cláusulas contratuais que apenas fazem remissão aos códigos de conduta das contratantes, sendo estes

---

[352] KOCHER, 2002, p. 266.

[353] Tradução livre de: "*many companies with complex supply chains, particularly in the textile and retail sectors, use this approach as a means to gain control over the supply chain and legally enhance supply chain management"*. (KOCHER, Eva. Codes of conduct and framework agreements on social minimum standards – Private regulation? In: DILLING, Olaf; HERBERG, Martin; WINTER, Gerd. **Responsible business**: Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions. Portland: Oxford and Portland Oregon, 2008, p. 69).

[354] Comentários ao Pacto Global da ONU: DEUTSCHE POST DHL. **Commentary on UN Global Compact Communication on Progress**. 2011. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/system/attachments/15480/original/Deutsche_Post_DHL_UNGC_COP_Advanced_2011.pdf?1337453460>; Acesso em: 02 dez. 2017.

[355] Li-Wen Li, quando trata do tema, defende que as empresas transnacionais, blindadas por seu poder de barganha, transmitem aos países em desenvolvimento uma nova ordem legal, através dos contratos celebrados com os fornecedores locais, que trazem em seu conteúdo os seus próprios *standards* éticos; tal transmissão, para ele, poderia ser interpretada como um verdadeiro "transplante legal". (LIN, Wen-Li. Legal transplants through private contracting: codes of vendor conduct in global supply chains as an example. **American Journal of Comparative Law**, v. 57, n. 3, pp. 711-744, 2009, p. 716).

[356] KOCHER, 2002, p. 267.

incluídos como “anexos” do contrato, com a declaração expressa de que o fornecedor a ele se vincula.[357]

As cláusulas contratuais que trazem em seu conteúdo a proteção e a promoção dos direitos humanos, apesar de serem unilateralmente impostas, não afetam apenas as partes contratantes, mas principalmente terceiros (cidadãos globais) que, com elas, são beneficiados, o que implica em dizer que incorporar os valores éticos nas cadeias de fornecedores traz muito mais benefícios do que desvantagens.[358]

Exemplo significativo da inserção bem-sucedida de cláusulas éticas na cadeia de fornecedores é o da transnacional IKEA.

A IKEA é uma empresa transnacional de origem sueca, controlada por uma série de corporações sediadas nos Países Baixos, especializada na venda de móveis domésticos de "baixo" custo. A IKEA possui aproximadamente 240 lojas de varejo espalhadas em mais de 30 países/territórios, contando com cerca de cem mil empregados. Como a empresa possui poucas fábricas próprias, grande parte de sua produção é feita por fornecedores externos. Em 2009, a IKEA possuía em torno de 1500 fornecedores em 55 países do mundo, estando 19% na China, 12% na Polônia, 8% na Suécia, 7% na Itália e 6% na Alemanha.[359]

Nos últimos anos, a IKEA passou a adotar estratégias para inserir-se em relações a longo-prazo com poucos fornecedores, buscando, com isso, comprar “capacidades” e não apenas produtos. Para tanto, a IKEA começou a exigir um certo nível de qualidade dos produtos, além de um engajamento dos seus fornecedores com medidas de Responsabilidade Social Corporativa; desenvolvendo tais questões, em conjunto com eles. Na prática, a empresa está trabalhando com os fornecedores

---

[357] “As partes podem ter previsto expressamente disposições contratuais relacionadas a características emocionais do bem. É muito comum que as partes se refiram a um Código de Conduta nos contratos, incluindo-o como anexo, ou prevendo expressamente que o fornecedor deve respeitá-lo. Também é muito comum expressa disposição contratual para procedimentos de certificação. Se o fornecedor 'quebra' estas disposições contratuais expressas, os produtos são considerados desconformes e o comprador passa a ter direito aos remédios contratuais”. Tradução livre de: *“The parties may have express contractual provisions as to the emotional characteristics of the goods. It is quite common that the parties have referred to a Code of Conduct in their contract, included it in an annex and explicitly stated that the supplier shall adhere to the Code of Conduct. It is also rather common to find express contractual requirements for certification procedures. If the supplier has breached such explicitly contracted terms, the goods are non-conforming and the purchaser is entitled to remedies*.” (RAMBERG, 2014, p. 78).

[358] MITKIDIS, 2014, p. 6.

[359] ANDERSEN, 2009, p. 78.

para criar condições melhores para uma produção eficiente e socialmente responsável.

Uma das formas encontradas pela transnacional para dar efetividade às estratégias de Responsabilidade Social Corporativa junto aos seus fornecedores foi a incorporação do seu código de conduta ("*The IKEA Way on Purchasing Home Furnishing Products*") nos contratos celebrados com os fornecedores, o qual estabelece regras relacionadas às condições de trabalho, ao meio ambiente, à gestão responsável e ética, entre outros.[360] A IKEA, além disso, oferece diversos treinamentos, cursos e subsídios para que os fornecedores tenham condições de cumprir com o avençado, estendendo, de forma adequada e eficiente, seus valores éticos a seus fornecedores.

Pelo exemplo da IKEA é possível observar que a inserção de cláusulas éticas nos contratos firmados nas *supply chains* se mostra como uma medida viável e eficaz para que o respeito e a promoção aos direitos humanos sejam efetivamente observados e monitorados[361] nas mais diversas partes do globo.

Outro tipo de contrato no qual as cláusulas éticas são frequentemente encontradas são os contratos de consumo. A sua incorporação, contudo, na grande maioria das vezes, não acontece de modo expresso.

Considerando que os contratos de consumo usualmente não são negociados, caracterizando-se como contratos de adesão, as empresas não incorporam, de modo voluntário, cláusulas éticas. A inserção destas cláusulas nos contratos de consumo se dá por outra via: as empresas que se valem da Responsabilidade Social Corporativa como uma forma de propaganda, divulgando o respeito a valores éticos para atrair

---

[360] ANDERSEN, 2009, p. 79.

[361] "A utilização de cláusulas éticas na cadeia de fornecedores é observada, com mais frequência, em determinados tipos de empresas como a IKEA, tendo em vista a repercussão negativa que condutas anti-éticas causam junto aos consumidores, conforme criticam McBarnet e Kurkchiyan: "Está concentrado em indústrias especializadas em bens de consumo, como jardas, calçados, brinquedos ou alimentos, as quais estão particularmente preocupadas com a marca e a imagem. Em indústrias focadas em bens duráveis onde os preços dos produtos são relativamente altos, como a indústria automobilística, as discussões sobre códigos de conduta raramente ocorrem. O padrão é ainda mais nítido em indústrias mais afastadas do consumidor, como as de produção de matéria-prima". Tradução livre de: *"It is concentrated in industries that specialized in consumer goods, such as garments, footwear, toys or food, all of which are particularly concerned about brand and image. In industries focused on durable goods where prices on products are relatively high, such as the car industry, discussions about codes of conduct rarely take place. The pattern is even more pronounced in industries farther removed from the costumer, such as raw material production."* (MCBARNET; KURKCHIYAN, 2007b, p. 81).

consumidores, acabam por gerar expectativas nos consumidores; expectativas estas que passam a integrar os contratos.[362]

Com efeito, como aponta Carola Glinski, as promessas feitas pelas empresas sobre o seu próprio comportamento, entre os quais se incluem o respeito a valores éticos, são incorporados aos contratos.[363] O Direito Contratual, nessa perspectiva, serve para proteger as intenções e as expectativas das partes contratantes, ainda que sejam elas de natureza "altruística", como aquelas que estão previstas nos códigos de conduta das empresas.[364]

Muitas vezes os consumidores adquirem um produto com um alto valor emocional.[365] Isto é, compram um produto de determinada marca, acreditando que aquele bem não só está isento de defeitos físicos, mas está também em conformidade com os valores que aquela marca passa a seus consumidores (como, a título figurativo, a isenção do uso de trabalho escravo ou infantil ou o respeito às normas de proteção ao meio ambiente).

Se a empresa, então, passa a divulgar que seus produtos atendem a certos parâmetros éticos, o atendimento às expectativas geradas nos consumidores se transforma em um dever contratual. Escreveu, a este propósito, João Baptista Machado, jurista e professor português, afirmando que aqueles que adotam uma conduta ou assumem um papel particularmente "responsabilizante" são acompanhados da "consciência da responsabilidade pela expectativa formada no plano da comunicação interpessoal e pelo risco de dano a que essa expectativa pode induzir.".[366]

Especificamente sobre as expectativas geradas nos consumidores em razão da divulgação, pelas empresas, de seus códigos de conduta e/ou de seus compromissos éticos, discorre Carola Glinski:

---

[362] KOCHER, 2002, p. 269.

[363] GLINSKI, Carola. Bridging the Gap: the legal potential of private regulation. In: DILLING, Olaf; HERBERG, Martin; WINTER, Gerd. **Responsible business**: Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions. Portland: Oxford and Portland Oregon, 2008, p. 44-45.

[364] Ibidem, p. 44-45.

[365] Os quais, via de regra possuem um valor mais elevado, como destaca Ingeborg Schwenzer: "trecho em português.". Tradução livre de: *"Consumers today are ready to pay a higher price for ethically produced and fairly trade goods. […] It has been argued that in all of theses cases it is not goods, but, rather, emotions that are sold".* (SCHWENZER, 2017, p. 122-123).

[366] MACHADO, João Baptista. **Obra Dispersa**. v. I. Braga: Associação Jurídica de Braga, 1991, p. 526-528 Apud. PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça. **Processo 1610/07.0TMSNT.L1.S1.** 1ª Secção. Relator: António Joaquim Piçarra. Julgado em 18 dez. 2012. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5dd8e783f86f637380257aed004bb5e7>; Acesso em 23 nov. 2017.

> Os códigos de conduta e outras regulações privadas acessíveis ao público podem ter o efeito de moldar as expectativas dos consumidores, estabelecendo padrões que todos os comerciantes da mesma linha de negócios estão vinculados. Se os comerciantes querem evitar a vinculação a um novo padrão, eles devem esclarecer isso, explicando que eles estavam agindo de forma diferente. As expectativas dos consumidores, por exemplo, em relação à qualidade ambiental de um produto, não se limitam necessariamente ao padrão mínimo legalmente exigido, mas podem ser maiores.[367]

A Corte Federal da Alemanha, consoante aponta Eva Kocher, já enfrentou a questão, entendendo que a publicidade relacionada a valores éticos faz parte da definição de "conformidade" do bem, que abrange não apenas os aspectos físicos do produto/serviço comercializados, mas também as circunstâncias legais e factuais que envolvem a relação contratual, entre as quais se inserem as questões políticas e morais que permeiam a produção do objeto.[368]

O tema das cláusulas éticas nos contratos de consumo é bastante interessante e polêmico. Devido às limitações do presente trabalho, limitamo-nos a expor suas linhas gerais, advertindo-se que as consequências práticas e os desdobramentos da questão certamente ultrapassam o que foi abordado.

A inserção de cláusulas éticas nos instrumentos contratuais não se limita à esfera privada. Como consequência da difusão de políticas concernentes à proteção e promoção dos direitos humanos nas mais diversas áreas, a conformidade com certos padrões éticos passou a ser objeto de contratos firmados por entes públicos.

A União Europeia, por exemplo, utiliza-se de cláusulas contratuais protetivas de direitos humanos em todos os seus contratos. Desde 1992, a União Europeia definiu o respeito aos direitos humanos e à democracia como um elemento essencial em suas relações externas, passando a incluir uma cláusula contratual neste sentido em todos os seus acordos bilaterais de comércio e de cooperação com outros países. Tornar a observância aos direitos humanos como um elemento essencial dos contratos, dá à União Europeia o direito de suspender e/ou rescindir o pacto se a contraparte não cumprir com suas obrigações.[369] A cláusulas de direitos humanos,

---

[367] Tradução livre de: *"Codes of conduct and other public accessible private regulation may have the effect of shaping consumer expectations, thereby setting standards that all traders in the same line of business are bound to. If traders want to avoid being bound to a new standard, they have to clarify this by explaining that they were acting differently. Consumer expectations, for example, regarding the environmental quality of a product, are not necessarily limited to the legally required minimum standard but could be higher."* (GLINSKI, 2008, p. 44-49).

[368] KOCHER, 2002, p. 269.

[369] VOICULESCU, Aurora. The other European framework for corporate social responsibility: from the Green Paper to new uses of human rights instruments. In: CAMPBELL, Tom; MCBARNET Doreen;

como é chamada, é encontrada em contratos firmados com mais de 120 países, representando um novo modelo para as relações externas da União Europeia e, também, para a cooperação internacional como um todo.

D'outra sorte, nos contratos celebrados entre entes públicos e entes privados a observância de padrões éticos muitas vezes é posta como um diferencial no momento da contratação. Ao buscar empresas para a celebração de contratos, alguns órgãos estatais dão preferência àquelas que são socialmente responsáveis.[370]

Do exposto até aqui, denota-se que as cláusulas éticas fazem parte, há diversos anos, de variadas espécies de contratos, as quais não se esgotam nas mencionadas neste trabalho. Os três tipos expostos acima servem para exemplificar a utilidade e a viabilidade da inserção de valores éticos nos instrumentos contratuais (qualquer que seja o seu objeto), principalmente naqueles em que ao menos uma das partes é uma (ou mais) empresa(s).

O aprimoramento do diálogo entre os atores, com a utilização do contrato como um instrumento formal para a vinculação das partes aos direitos humanos, nesse cenário, abre uma variedade de possibilidades para transformar "compromissos voluntários" em obrigações legais efetivas.[371]

Assim, delimitado o conceito das cláusulas éticas e exposto um panorama geral dos principais contratos em que elas estão inseridas, damos um passo adiante, com a abordagem do modo de incorporação das cláusulas éticas nos instrumentos contratuais.

VOICULESCU, Aurora. **The new corporate accountability**: Corporate Social Responsibility and the Law. New York: Cambridge Press, 2007, p. 384-385.

[370] É o que ilustra Eva Kocher: "Como consequência de uma política de compras seletiva, o cumprimento de determinados padrões mínimos sociais na produção às vezes é exigido por autoridades públicas em seus contratos. Por exemplo, em alguns estados dos EUA, a compra seletiva foi regulamentada por lei. Basta lembrar a Lei de Massachusetts Myanmar e leis locais semelhantes, que dão uma preferência de dez por cento para ofertas de empresas que evitem negociar com o regime militar em Myanmar (anteriormente Burma) [...]. Portanto, agora deve ser dado como certo que a celebração de contratos públicos pode ser vinculada a disposições que exigem a aplicação de certos padrões mínimos sociais". Tradução livre de: *"As a consequence of a selective purchasing policy, the compliance with certain social minimum standards in production is sometimes agreed upon on initiative of a public authority party to the contract. For example, in some states of the USA, selective purchasing has been regulated by law. Just remember the Massachusetts Myanmar Law and similar local laws that give a 10 per cent preference for offers of companies that avoid trading with the military regime in Myanmar (formerly Burma) […].Therefore, it now has to be taken for granted that the award of public contracts can be linked to provisions demanding the application of certain social minimum standards".* (KOCHER, 2002, p. 270).

[371] FICHTER; SYDOW, 2002, p. 375.

3.2.2. Os modos de incorporação das cláusulas éticas nos instrumentos contratuais

As cláusulas éticas, como visto acima, perfilham, atualmente, diversos tipos de contratos ao redor do globo. O modo em que tais disposições contratuais são incorporadas aos contratos pode variar.

O primeiro modo de incorporação das cláusulas éticas nos instrumentos contratuais é através da sua estipulação expressa, o que pode se dar com a previsão de que as partes contratantes se comprometem a seguir determinadas condutas concernentes a valores éticos (como o respeito aos direitos humanos, a proteção ao meio ambiente, a observância de condições dignas de trabalho, etc.) ou, ainda, com a expressa remissão a outros instrumentos normativos que tem em seu conteúdo *standards* éticos como, por exemplo, os códigos de condutas das empresas que os possuem. Ingeborg Schwenzer aborda com clareza esta questão, explicitando essas duas vias com dados estatísticos do ano de 2016:

> Em primeiro lugar, cabe às próprias partes estipularem em seus contratos quais os padrões éticos que devem ser cumpridos e como estes devem ser comprovados
> Muitas empresas hoje em dia têm códigos de conduta de fornecedores explícitos que são exibidos de forma proeminente em seus sites e, na maioria das vezes, são traduzidos para muitas línguas. A questão que surge relaciona-se a como os termos contidos em um site se tornam parte do contrato. Normalmente, no entanto, eles são referenciados no contrato e, portanto, não há dúvidas sobre sua incorporação. Assim, por exemplo, de acordo com uma pesquisa de 2016, 86 por cento das empresas multinacionais de vestuário – que representam 308 marcas - possuem um código de conduta que proíbe o trabalho infantil por fornecedores e 86 por cento incluem os seus códigos de conduta em seus contratos com fornecedores.[372]

Com a incorporação expressa de cláusulas éticas nos contratos, o respeito aos *standards* éticos se torna parte do instrumento contratual, podendo o seu

---

[372] Tradução livre de: *"It is first and foremost up to the parties themselves to stipulate in their contracts as to which ethical standards have to be met and how these must be proven. Many companies nowadays have explicit supplier codes of conduct that are prominently displayed on their websites and more often than not translated into many languages. The question then arises as to how terms contained on a website become part of the contract. Usually, however, they are referenced in the contract, and, thus, there are no questions about their incorporation. Thus, for example, according to a 2016 survey, 86 per cent of the multinational apparel companies – selling under 308 brands – have a code of conduct prohibiting child labor by suppliers and 86 per cent include their code of conduct in their supplier contracts."* (SCHWENZER, 2017, p. 124).

cumprimento ser forçado ou a sua violação ser sancionada, assim como quaisquer outras disposições contratuais.

Ingeborg Schwenzer e Benjamin Leisinger, quando abordam o assunto, recomendam fortemente que o modo de incorporação das cláusulas éticas nos contratos seja expresso, para que se evite eventuais disputas quanto à necessidade de observância, ou não, dos valores éticos.[373]

Especificamente sobre os contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, destaca Petra Butler: "a inclusão expressa é a mais fácil e mais segura maneira de requerer a um vendedor que entregue mercadorias de acordo com padrões éticos, como justas condições de trabalho e produção sem corrupção".[374]

A inserção das cláusulas éticas nos instrumentos contratuais, todavia, não se limita ao modo "expresso". Mesmo em casos em que não há disposições clara e expressa quanto a *standards* éticos, a sua observância pode se tornar uma obrigação contratual, com a incorporação *implícita* das cláusulas éticas, o que acontece, segundo Ingeborg Schwenzer a Benjamin Leisinger, através da interpretação do contrato e das circunstâncias que o envolvem.[375]

O modo de incorporação implícito ocorre quando as empresas contraentes aderiram, antes da celebração do contrato, a iniciativas voluntárias[376] internas como seus próprios de conduta ou, ainda, a iniciativas voluntárias externas a nível global, como o Pacto Global da ONU; ou, a nível setorial, como o Código de Conduta da Indústria Eletrônica.[377]

O fato de as empresas terem se comprometido com *standards* éticos gera a expectativa de que, em todas as suas relações, tais valores serão respeitados.[378] De fato, "quando uma parte declara publicamente sua aderência a certos padrões éticos,

---

373 LEISINGER; SCHWENZER, 2007, p. 266.
374 Tradução livre de: *"Express inclusion is the easiest and most certain way to require a seller to deliver goods produced in accordance with other ethical standards, like fair working conditions or production without corruption*" (BUTLER, 2016, p. 303).
375 LEISINGER; SCHWENZER, Op. cit., p. 249-275, 266, 276.
376 "As partes devem ter comunicado ao mundo que possuem iniciativas de RSC ou outras políticas éticas, sem ter feito referência expressa a elas no contrato". Tradução livre de: "*The parties may have communicated generally to the world that they apply to a CSR-policy or other ethical standard, without having made and explicit reference in the contract*." (RAMBERG, 2014, p. 78).
377 Código disponível em: ELECTRONIC INDUSTRY CITIZENSHIP COALITION. **Code of Conduct**. 2014. Disponível em: <http://www.responsiblebusiness.org/media/docs/EICCCodeofConduct5_English.pdf>; Acesso em: 27 nov. 2017.
378 BUTLER, Op. cit., p. 304.

como, por exemplo, os membros do Pacto Global da ONU, seu co-contratante pode exigir que tais padrões sejam respeitados".[379]

As expectativas geradas pelas empresas, nesse contexto, estendem-se tanto a outras empresas que possam a se tornar parceiras contratuais, quanto aos consumidores que são diretamente afetados pela publicidade relacionada a valores emocionais. Carola Glinski trata com maestria do assunto:

> Um grande número de instrumentos regulatórios privados, como códigos de conduta corporativos, relatórios sociais ou ambientais ou anúncios que trazem mensagens sobre regras voluntariamente estabelecidas, são publicados. Ao fazê-lo, as empresas visam melhorar sua reputação e aumentar sua participação no mercado. Ao descrever o próprio comportamento em termos mais ou menos específicos, as corporações criam confiança ou expectativas entre consumidores e parceiros comerciais, já que tais descrições possuem caráter de promessas.[380]

Nas hipóteses acima citadas, a interpretação do contrato – inserido no contexto fático que o permeia – permite a incorporação de cláusulas éticas de forma implícita. O contrato, visto sob tal perspectiva, engloba não só aquilo que foi expressamente pactuado pelas partes, mas também, as legítimas confiança e expectativa dos contratantes.

No Direito Comparado, a noção de expectativa contratual não é novidade.

O Código Civil Alemão, com a reforma ocorrida em 2002, repaginou o Direito das Obrigações naquele país. A noção de inadimplemento foi ampliada para o que é chamado de "perturbação da prestação" (*Leistungsstörung*).

Esta perturbação abrange, além do descumprimento das prestações principais e acessórias, a não observância dos "deveres oriundos da relação obrigacional" que estão previstos na Seção 241 daquele Código.

Com efeito, segundo a Seção 241 (2) do Código Civil Alemão: "Uma obrigação também pode, dependendo do seu conteúdo, obrigar cada uma das partes a levar em

---

379 Tradução livre de: *"Where a party has publicly declared its adherence to certain ethical standards such as by membership of the UN Global Compact, its co-contractant is entitled to hold that party to those ethical standards"*. (SCHWENZER; HACHEM; KEE, 2012, p. 381).

380 Tradução livre de: "*A number of private regulatory instruments, such as corporate codes of conduct, but also social or environmental reports or advertisements giving messages concerning self-imposed rules, are published. By doing so, corporations aim both to improve their reputation and increase their Market share. By describing their own behavior in more or less specific wording, corporations create confidence or expectations among consumers and trading partners, as such descriptions have character of promises."* (GLINSKI, 2008, p. 44).

consideração os direitos, os interesses legais e outros interesses da outra parte." [381] Sobre o dispositivo legal, Carl Friedrich Nordmeier aponta que: "o inciso II cria deveres de respeitar os direitos, bens jurídicos e interesses da outra parte, referindo-se a deveres que estão fora da relação obrigacional.".[382]

O Direito Português, na mesma toada, expande a noção de adimplemento contratual, ao valorizar a teoria do abuso de direito[383] sob a ótica da confiança e da eticidade, que legitimamente se pode esperar na conduta das partes.

Ambos os contratantes, sob essa perspectiva, possuem o dever de levar em conta as legítimas expectativas da contraparte, a fim de que a confiança depositada naquela determinada relação e/ou naquele determinado fornecedor (no caso das relações de consumo) não seja quebrada.

No Direito Brasileiro, a noção de expectativa é encontrada no conteúdo do Princípio Contratual da Confiança, o qual visa a proteger, antes, durante, e depois do contrato, os legítimos interesses dos contratantes. Este princípio *"*cuida, portanto, de salvaguardar as expectativas contratuais dos que se aproximam e contratam".[384]

No âmbito dos contratos internacionais, especificamente nos contratos de compra e venda de mercadorias, a CISG adota como parâmetro as expectativas da parte lesada no integral e perfeito cumprimento do pacto, determinando que a reparação de danos inscrita no art. 74 mede-se pelo que se convencionou chamar de *expectation interest,* que visa proteger as expectativas da parte lesada no integral cumprimento da avença.[385]

Desta forma, seja por sua incorporação explícita, seja por intermédio da interpretação contratual e da consideração das expectativas das partes contratantes, as cláusulas éticas fazem parte dos instrumentos contratuais, podendo o seu cumprimento ser forçado ou a sua violação ser sancionada.

---

[381] Tradução livre de: "*Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten*." (ALEMANHA, BGB).

[382] NORDMEYER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil Alemão – A reforma de 2002. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 1, pp. 203-236, 2004. Disponível em: <www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/43502/27380>; Acesso em: 05 fev. 2017.

[383] O abuso de direito encontra-se previsto no artigo 334 do Código Civil Português, que dispõe que: "É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.".

[384] NALIN, 2008, p. 155.

[385] STEINER, Renata. **Resolução do Contrato e Reparação de Danos na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG)**. Curitiba, 2014. p. 29. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/downloads/concurso/RenataSteiner.pdf>; Acesso em: 28 nov. 2017.

Os aspectos jurídicos das cláusulas éticas, como a sua exigibilidade e, ainda, os desdobramentos do seu descumprimento, serão o tema do próximo subcapítulo.

3.3. A REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS CLÁUSULAS ÉTICAS

A incorporação de cláusulas éticas nos instrumentos contratuais, seja implícita ou explicitamente, transformam os valores e expectativas perquiridos pelas partes em obrigações contratuais, as quais estão sujeitas ao regime jurídico do Direito Contratual e todos os seus desdobramentos.

A inserção de *standards* éticos nos contratos, conforme vislumbrado nos itens acima, serve justamente para que obrigações voluntariamente assumidas pelos atores – no contexto deste trabalho: as empresas – tornem-se obrigações legais, juridicamente exigíveis.[386]

Surgem, nesse contexto, questões de ordens prática e jurídica como, por exemplo: É possível "forçar" o cumprimento destas disposições contratuais? Quais são as consequências do inadimplemento das cláusulas éticas? A sua não observância pode levar à rescisão contratual? Produtos e serviços ofertados em dissonância com padrões éticos são considerados adequados perante a lei?

Para responder a estas perguntas e, tendo em vista os variados tipos de contratos em que as cláusulas éticas são frequentemente inseridas, tanto no âmbito nacional, quanto no âmbito internacional, é necessário que se façam recortes metodológicos.

A importância da matéria abordada neste trabalho relaciona-se com a possibilidade de efetivação dos direitos humanos por intermédio dos instrumentos contratuais. Os aspectos jurídicos que importam a tal fim, portanto, são aqueles que dizem respeito à exigibilidade dos *standards* éticos e, ainda, aos desdobramentos do

[386] É o que afirma Fabrizio Cafaggi no que concerne aos contratos celebrados no comércio internacional e os padrões ambientais, sociais e de segurança: "Apenas a incorporação nos contratos fornece efeitos vinculativos sobre as partes contratantes e, possivelmente, até mesmo para terceiros". Tradução livre de: "*Only contractualization provides some binding effects over the contracting parties, and possibly, even towards third parties*." (CAFAGGI, Fabrizio. The regulatory functions of transnational commercial contracts: new architectures. **Fordham international law journal**, Nova York, v. 36, n. 6, pp. 1557-1618, 2013, p. 1573).

seu descumprimento. Por isso é que voltaremos os olhos a estes pontos, deixando-se de lado outras possíveis abordagens jurídico-legais.

Além disso, conforme restou evidenciado até aqui, o foco deste trabalho são os contratos internacionais, celebrados, principalmente, por empresas transnacionais, as quais, em sua grande maioria, adotam medidas atinentes à Responsabilidade Social Corporativa.

Como visto no item 3.2.1 acima, um dos principais tipos de contratos em que estão inseridos os *standards* éticos são os contratos celebrados por empresas transnacionais com seus fornecedores e, também, com outras empresas parceiras de negócios. Levando isso em conta, optamos por, em um primeiro momento, voltar os olhos à regulamentação jurídica prevista na Convenção das Nações Unidas para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), que regulamenta grande parte do comércio internacional, já que, atualmente, mais de 70% das operações comerciais internacionais são de compra e venda de mercadorias.[387]

A escolha da análise desse regime jurídico se justifica, também, frente à considerável produção bibliográfica sobre o assunto. No âmbito da doutrina internacional, as cláusulas éticas e sua regulamentação jurídica são majoritariamente abordadas sob o viés da CISG e, portanto, dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias.

Em um segundo momento e, como não poderia deixar de ser diferente tendo em vista que o vertente texto é produzido no Brasil e busca dar contribuições, dentro de suas limitações, ao debate acadêmico nacional, buscar-se-á analisar como as cláusulas éticas se enquadram no ordenamento jurídico brasileiro.

3.3.1. As cláusulas éticas e a CISG

[387] TORRES, Dennis José Almanza; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y la función social del contrato en el derecho brasileiro. **Revista de Derecho Privado**, n. 26, pp. 267-293, jan./jun. 2014, p. 270.

Frente a constante expansão do comércio mundial e do processo de globalização, os contratos de compra e venda internacional passaram a ser considerados como o *life blood of international commerce*.[388]

Por conta disso, no cenário jurídico internacional sentiu-se a necessidade de criação de normas que uniformizassem a relação advinda dos contratos celebrados entre sujeitos presentes em diferentes países, precipuamente para os fins de previsibilidade, segurança jurídica, quebra de barreiras culturais e menor custo de transação.

Ivo de Paula Medaglia, ao citar a lição de John O. Honnold, ilustra o contexto histórico em questão:

> Nas décadas recentes, os notáveis avanços tecnológicos ocasionaram uma "segunda revolução industrial", o que tem exigido maior especialização, diversificação e intercâmbio. Tais avanços, auxiliados por redes mundiais de comunicação à velocidade da luz e de transporte à velocidade do som, têm levado a aumentos exponenciais no comércio internacional, que agora atingem empresas de tamanho moderado, tanto no interior como no litoral. Em resumo, o mundo está encolhendo rapidamente em quase todos os campos, com exceção do campo legal.[389]

Como fruto desse movimento econômico, jurídico e político, surge a CISG ("*United Nations Convention on Contracts of International Sale of Goods*"), unanimemente aprovada, no dia 10 de abril de 1980, em uma conferência diplomática que contou com a participação de 62 Estados.

Tendo mais de 80 países contratantes atualmente[390], a CISG apresenta-se como um dos melhores arcabouços jurídicos para cuidar das relações comerciais internacionais entre partes de países distintos, ao trazer resoluções práticas e econômicas para o fomento e desenvolvimento do comércio internacional.

Como bem aponta Pilar Perales Viscasillas: "Os méritos da CISG não podem ser mensurados levando em conta apenas o grande número de países que a

---

[388] KACZOROWSKA, Alina. International trade conventions and their effectiveness: present and future. Apud FRADERA, Véra Maria Jacob de. A saga da uniformização da compra e venda internacional: da lex marcatoria à Convenção de Viena de 1980. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira. **A compra e venda internacional de mercadorias**: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1.

[389] HONNOLD, John. O. The Sales Convention: background, status, application.8 Journal of Law and Commerce, 1988. p. 1. Apud MEDAGLIA, Ivo de Paula. A proposta de uniformização do direito do comércio internacional e a integração da CISG no ordenamento jurídico brasileiro. In: NALIN, Paulo (coord.). **Compra e venda internacional de mercadorias**: vigência, aplicação e operação da CISG no Brasil. Curitiba: Juruá, 2014, p. 81.

[390] Além dos países contratantes, a CISG nos termos do seu artigo 1, (1), (b), pode ser aplicada a comerciantes de outros países por meio das regras de direito internacional privado.

ratificaram ou o enorme peso econômico destes Estados; seus méritos também guardam relação com a qualidade, a novidade e a 'universalidade' das soluções previstas de acordo com a mais pura técnica legislativa".[391]

Como o próprio nome aponta, a Convenção, em seus 101 artigos, regula os aspectos jurídicos relacionados aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, como, *v.g.*, a formalização dos contratos, os direitos e obrigações do comprador e do vendedor, a responsabilidade por eventuais perdas e danos e o tratamento em casos de inadimplemento.

Após mais de 30 anos de sua aprovação no plano externo, em 1º de abril de 2014, a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias entrou em vigor no Brasil. Os contratos internacionais celebrados por partes que se encontram no país e que se enquadram no âmbito de aplicação da CISG[392], portanto, deixam de ser regulados pela legislação civil brasileira e passam a ser regidos pela legislação uniforme.

Antes de analisarmos a Convenção aplicada ao contexto das cláusulas éticas, é importante destacar que a CISG foi pensada décadas antes do movimento que hoje é direcionado a contemplar *ethical standards* nos contratos e, por isso, a Convenção pode não trazer respostas precisas e específicas para a questão. Contudo, a CISG regulamenta casos concretos de modo sistêmico, sempre de acordo com seus princípios, de modo que, como aponta a doutrina, a disciplina legal da Convenção é totalmente aplicável às cláusulas éticas.[393]

O ponto de partida para a análise da regulamentação jurídica das cláusulas éticas pela Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda

---

391 Tradução livre de: "*The merits of CISG can be measured not only in terms of the high number and the economic weight of the countries the ratified the Convention but also in terms of the quality, novelty and worldwide solutions achieved by it from a purely technical and legal perspective*.". (VISCASILLAS, Pilar Perales. International Distribution Contracts and CISG. In: SCHWENZER, Ingeborg; ATAMER, Yesim; BUTLER, Petra. **Current issues in the cisg and arbitration**: international commerce and arbitration. Portland: Eleven International Publishing. 2014, p. 43).

392 "Artigo 1. (1) Esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos:
(a) quando tais Estados forem Estados Contratantes; ou
(b) quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante.
(2) Não será levado em consideração o fato de as partes terem seus estabelecimentos comerciais em Estados distintos, quando tal circunstância não resultar do contrato, das tratativas entre as partes ou de informações por elas prestadas antes ou no momento de conclusão do contrato.
(3) Para a aplicação da presente Convenção não serão considerados a nacionalidade das partes nem o caráter civil ou comercial das partes ou do contrato."

393 NALIN, 2016, p. 333.

Internacional de Mercadorias é o que se denomina de *conformidade do produto ou do bem* – tema que se relaciona com a natureza jurídica do descumprimento do contrato frente à performance das partes contratantes em relação às cláusulas éticas.

A conformidade dos produtos comercializados sob a égide da CISG, isto é, a adequação dos bens que são objeto dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias está disciplinada no artigo 35 da Convenção, que dispõe que:

> (1) O vendedor deverá entregar mercadorias na quantidade, qualidade e tipo previstos no contrato, acondicionadas ou embaladas na forma nele estabelecida. (2) Salvo se as partes houverem acordado de outro modo, as mercadorias não serão consideradas conformes ao contrato salvo se: (a) forem adequadas ao uso para o qual mercadorias do mesmo tipo normalmente se destinam; (b) forem adequadas a algum uso especial que, expressa ou implicitamente, tenha sido informado ao vendedor no momento da conclusão do contrato, salvo se das circunstâncias resultar que o comprador não confiou na competência e julgamento do vendedor, ou que não era razoável fazê-lo.[394]

Da leitura do dispositivo legal, percebe-se que a discussão acerca da *conformity of goods* – isto é, a conformidade/adequação do produto comercializado – emerge apenas e tão somente os aspectos físicos do produto.[395]

Contudo, apesar de o artigo 35 tratar, primordialmente, da não conformidade "física" (quantidade/qualidade) do objeto, os juristas que discutem o assunto entendem que a conformidade é estendida às circunstâncias legais e factuais que envolvem a relação contratual, entre as quais se insere o *modus operandi* descrito nas cláusulas éticas.[396]

---

[394] UNITED NATIONS. Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Tradução: Eduardo Grebler; Gisely Radael. **CISG-Brasil.net**, 2017. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2017.

[395] Williams JOYCE escreve que "tradicionalmente, cortes e tribunais arbitrais, tem visto a não conformidade como consequência, apenas, das características físicas do bem". Tradução livre de: "t*raditionally, courts and arbitral tribunals have viewed non-conformity as a consequence of the physical features of goods*". (WILLIAMS, Joyce. Analysis of CISG article 35 – Conformity of the goods in the chaging power dynamics of corporate social responsibility. In: WILLIAMS, Joyce; RAMASWAMY, Muruga Perumal; RIBEIRO, João. **Trade Development Through Harmonization of Commercial Law.** Nova Zelândia: Comparative Law Journal of the Pacific, New Zealand Association of Comparative Law, 2015. Disponível em: <http://www.victoria.ac.nz/law/research/publications/about-nzacl/publications/special-issues/hors-serie-volume-xvi,-2013/Williams.pdf>; Acesso em: 18 fev. 2017).

[396] "Nenhum terceiro seria capaz de atestar a violação de um *standard* ético com o mero exame dos bens. Ainda, a forma de produção dos produtos influencia em seu valor no mercado." Tradução livre de: "*No third party would be able to ascertain the violation of ethical standards upon a mere examination of the goods. Still, the very way of producing the goods influence their value on the market."* (LEISINGER; SCHWENZER, 2007, p. 268).

Assim, sob a luz da Convenção e de seus princípios, o que se tem defendido é que a não observância das cláusulas éticas, sejam elas explícitas ou implícitas, desagua na não conformidade do produto, nos termos do art. 35 (1) da CISG.[397]

Carola Glinski esclarece a situação: "O conceito de conformidade não diz respeito apenas às características relacionadas aos aspectos físicos dos produtos em questão, mas também às circunstâncias em que o produto foi produzido".[398]

No mesmo sentido, Paulo Nalin: "O desrespeito aos padrões éticos afeta a qualidade do produto, a qual deve ser compreendida em todas as suas dimensões, mesmo porque a violação desses padrões raramente leva à inutilidade física do produto.".[399]

A conformidade do bem de acordo com *standards* éticos também se aplica a alguns casos em que os contratos não contêm – nem expressamente e nem implicitamente – nenhuma cláusula ou detalhe acerca do atendimento a valores éticos [art. 35 (2)(b) da CISG].

Nessa hipótese em específico, deve se levar em conta o propósito que o bem objeto do contrato deve servir – tratam-se, por exemplo, daqueles produtos que são comercializados em mercados que demandam padrões éticos na produção do bem.[400] A destinação do produto nestes casos deve ser conhecida pelo vendedor no momento da conclusão do contrato. No Brasil, nós temos um exemplo dessa hipótese; exemplo este que transita entre a ética e a religião, conforme expõe Paulo Nalin:

> Uma parte das exportações brasileiras de gado e de aves é destinada a países islâmicos e também à Israel. Esses povos só consomem animais que são inspecionados pelas autoridades religiosas, seguindo padrões éticos e religiosos para o abate. O vendedor brasileiro deve conhecer as peculiaridades do comprador e do mercado para o qual os animais abatidos se destinam, caso contrário os produtos podem ser considerados desconformes e o contrato descumprido.[401]

---

[397] "Se um termo expresso ou implícito decorre do próprio contrato, a não conformidade dos bens encontra respaldo no art. 35 (1)". Tradução livre de: "*If an express or implied term can be derived from the contract itself, non-conformity of the goods already follows from Article 35 (1).*" (LEISINGER; SCHWENZER, 2007, p. 269).

[398] Tradução livre de: *"The concept of conformity not only extends to the product-related characteristics of the goods in question but also to the circumstances under which they were product*." (GLINSKI, 2008, p. 44-46).

[399] Tradução livre de: *"The lack of respect for such ethical standards affects the quality of the product, as this should be widely understood in all its dimensions, even because the violation of these standards rarely leads to the physical uselessness of the product."* (NALIN, 2016, p. 334).

[400] SCHWENZER, 2017, p. 126.

[401] Tradução livre de: "*A portion of the Brazilian exports of cattle and poultry is intended for Islamic countries and also for Israel. Such peoples only consume animals which are inspected by religious authorities, following ethical and religious standards for the slaughter. The Brazilian seller must know the peculiarities of the purchaser and the market for which the slaughtered animals are intended,*

Uma vez verificada a desconformidade do bem em razão da não observância dos valores éticos, seja na hipótese do art. 35 (1), seja na hipótese do art. 35 (2;b), o comprador deve notificar o vendedor de acordo com os artigos 38 (1)[402] e 39 (1)[403] (2)[404] da CISG.

O vendedor que entrega produtos em desacordo com o entabulado pelas partes – no cenário aqui analisado, os valores éticos – fica sujeito às consequências jurídicas da "não conformidade" dos bens (*non-conformity of goods*): são os "remédios" (*remedies*) previstos na CISG.

A Convenção fornece quatro soluções distintas para a hipótese de não conformidade dos produtos comercializados: a primeira, é a performance específica da obrigação (artigo 46); a segunda é a resolução do contrato [artigos 25 e 49(1)(a)]; a terceira é a indenização das perdas e danos [artigos 45 (1) (b) e 74]; e a quarta é a redução do preço [artigo 45 (1) (a) e 50].

O primeiro remédio, consistente na performance específica da obrigação, encontra previsão legal no artigo 46 da Convenção.[405] Considerando que a hipótese aqui tratada diz respeito à não conformidade dos bens, a performance específica consiste na substituição dos produtos: "Nos contratos de compra e venda, o comprador raramente pode exigir cumprimento específico ao exigir que o fornecedor mude seus métodos de produção e entregue produtos com a emoção correta.".[406]

---

otherwise it may be charged with lack of conformity of the product and non-performance." (NALIN, 2016, p. 334).

[402] O comprador deverá inspecionar as mercadorias ou fazê-las inspecionar no prazo mais breve possível em vista das circunstâncias.

[403] O comprador perderá o direito de alegar a desconformidade se não comunicá-la ao vendedor, precisando sua natureza, em prazo razoável a partir do momento em que a constatar, ou em que deveria tê-la constatado.

[404] Em qualquer caso, o comprador perderá o direito de alegar a desconformidade se não comunicá-la ao vendedor no prazo máximo de dois anos a partir da data em que as mercadorias efetivamente passarem à sua posse, salvo se tal prazo for incompatível com a duração da garantia contratual.

[405] (1) O comprador poderá exigir do vendedor o cumprimento de suas obrigações, salvo se tiver exercido qualquer ação incompatível com esta exigência. (2) Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador poderá exigir a entrega de outras mercadorias em substituição, desde que a desconformidade constitua violação essencial do contrato e o pedido de substituição de mercadorias seja formulado no momento da comunicação da desconformidade a que se refere o artigo 39, ou dentro de um prazo razoável a contar desse momento. (3) Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador poderá exigir do vendedor que as repare para sanar a desconformidade, salvo quando não for isto razoável em vista das circunstâncias. A solicitação de reparação das mercadorias deve ser feita no momento da comunicação a que se refere o artigo 39, ou em prazo razoável a contar desse momento.

[406] Tradução livre de: *"In sales contracts, the purchaser can rarely claim specific performance by requiring the supplier to change his production methods and deliver products with the correct emotion"*. (RAMBERG, 2014, p. 88.)

Entretanto, esta hipótese é rara, eis que na maioria das vezes, uma vez transgredidos os *standards* éticos pelo vendedor, o comprador perde o interesse na transação, optando por rescindir o contrato.[407]

Há que se advertir, contudo, que a rescisão do contrato, segundo remédio previsto na CISG, não se dá de forma automática. A Convenção adota o princípio da preservação do contrato, sendo a resolução contratual a última opção legal: para que o contrato possa ser rescindido, a conduta da parte faltosa deve configurar uma quebra fundamental do contrato (*fundamental breach*), resultante de uma falha essencial na performance contratual (*substantial deprivation*):

> Tendo em vista o caráter internacional dos contratos regidos pela CISG e a importância de preservar os negócios internacionais, especialmente a exportação e a importação, bem como as peculiaridades que cercam os comerciantes de várias culturas legais, a rescisão do contrato é a última opção oferecida pela CISG e, portanto, o descumprimento contratual não é suficiente para a rescisão, devendo o inadimplemento ser substancial (violação fundamental), resultante de uma falha essencial no desempenho (privação substancial).[408]

O artigo 25 da Convenção define com precisão o que seria a *fundamental breach*:

> A violação ao contrato por uma das partes é considerada como essencial se causar à outra parte prejuízo de tal monta que substancialmente a prive do resultado que poderia esperar do contrato, salvo se a parte infratora não tiver previsto e uma pessoa razoável da mesma condição e nas mesmas circunstâncias não pudesse prever tal resultado.[409]

Em se tratando das cláusulas éticas, se as partes, explicita ou implicitamente, as inseriram no contrato, a sua não observância pode configurar uma violação essencial do contrato, eis que, nestas situações, o atendimento a padrões éticos mostra-se como um interesse essencial de uma ou de ambas as partes. Somado a isso, a rescisão contratual, muitas vezes, é a única maneira de a parte inocente mostrar a terceiros (consumidores, acionistas, etc.) que não compartilha de práticas eticamente deficientes.

---

[407] SCHWENZER, 2017, p. 128.

[408] Tradução livre de: *"In addition, in view of the international character of the contracts governed by the CISG, the importance of preserving international business, especially exporting and importing, and the peculiarities surrounding traders of various legal cultures, the termination of the contract is the last option offered by the CISG and, therefore, non-performance (breach) is not enough or the end of the contract to be determined, but such non-performance must be substantial (fundamental breach), resulting from an essential failure in the performance (substantial deprivation).*" (NALIN, 2016, p. 336).

[409] Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

A configuração da *fundamental breach* nas hipóteses de violações a cláusulas éticas, todavia, não é regra geral que se aplica indiscriminadamente a todos os casos. Cada caso concreto demanda a aferição das circunstâncias que os envolve. E, neste ponto, exsurgem duas considerações importantes, que são bem destacadas por Renata Steiner: "a primeira delas no sentido de que a interpretação das expectativas contratuais leva em consideração a formatação conferida pelas partes ao contrato [...] A segunda [...] de que a quebra será fundamental quando romper tais expectativas.".[410]

O outro remédio previsto na Convenção em casos de não conformidade dos produtos é a indenização das perdas e danos, que está prevista nos artigos 45 (1) (b)[411] e 74 da CISG.

A CISG prevê o remédio reparatório como complementar aos demais remédios por ela regulados, isto é, a parte prejudicada pelo descumprimento contratual tem a faculdade de "escolher entre a utilização de diferentes formas de solução do inadimplemento e, em todas elas, demandar suplementarmente eventuais danos sofridos em decorrência do descumprimento contratual".[412]

A primeira forma de compensação possível em caso de inadequação do produto por violação a *standards* éticos é através da execução de cláusula penal que pode ter sido inserida pelas partes nos contratos, cuja função é antecipar o montante a ser indenizado em caso de descumprimento contratual.[413] Todavia, no caso se obrigações de natureza ética, a mensuração prévia de um valor que sirva como indenização não é uma tarefa tão simples. [414]

---

[410] STEINER, 2014, p. 15.

[411] (1) Se o vendedor não cumprir qualquer das obrigações que lhe couberem de acordo com o contrato ou com a presente Convenção, o comprador poderá: (b) exigir a indenização das perdas e danos prevista nos artigos 74 a 77.

[412] STEINER, Op. cit. p. 28.

[413] "Valores previamente acordados, a serem pagos em caso de violação de uma obrigação, são uma característica frequente nos contratos de compra e venda. A terminologia jurídica tradicional aborda estes valores como 'cláusulas penais' e 'danos liquidados'. Tipicamente, tais cláusulas são incluídas onde há interesse especial na entrega antecipada dos bens ou no pagamento do preço de compra, ou na adesão a um acordo de confidencialidade ou de não concorrência. Além disso, o comprador pode exigir que o vendedor fabrique os bens observando altos padrões éticos, sociais e ecológicos ". Tradução livre de: "*Agreed sums payable upon breach of an obligation are a frequent feature in sales contracts. Traditional legal terminology addresses these as 'penalty' and 'liquidated damages' clauses. Typically, such clauses are included where there is special interest in timely delivery of the goods or payment of the purchase price, or adherence to a confidentiality or non-competition agreement. Furthermore, the buyer may require the seller to manufacture the goods observing high ethical, social, and ecological standards*." (SCHWENZER; HACHEM; KEE, 2012, p. 633).

[414] NALIN, 2016, p. 337.

Assim, em não sendo estipulada a cláusula penal, aplica-se o artigo 74 da CISG que dispõe que:

> As perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes, sofrido pela outra parte em consequência do descumprimento. Esta indenização não pode exceder à perda que a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato, levando em conta os fatos dos quais tinha ou devesse ter tido conhecimento naquele momento, como consequência possível do descumprimento do contrato.[415]

Como se vê, de acordo com o artigo 74 a indenização abarcará os prejuízos sofridos e os lucros cessantes decorrentes do descumprimento contratual: trata-se do princípio consistente na recondução da parte lesada à situação em que estaria se o contrato tivesse sido perfeitamente cumprido.[416]

O último remédio previsto pela Convenção é a redução do preço, que está prevista nos artigos 45 (1) (a) e 50. Dispõe o artigo 50 que: “se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, já tendo ou não sido pago o preço, o comprador poderá reduzir o preço proporcionalmente à diferença existente entre o valor das mercadorias efetivamente entregues, no momento da entrega, e o valor que teriam nesse momento mercadorias conformes ao contrato”.

Quando há transgressão dos *standards* éticos, o preço a ser pago pelo vendedor deve ser reduzido de forma proporcional à perda do valor do bem, já que produtos produzidos de acordo com padrões éticos são mais valorizados: “normalmente, um produto produzido de forma ética possui um valor mais alto quando comparados àqueles produzidos de forma anti-ética”.[417] Trata-se de uma hipótese intermediária entre a total reparação dos danos e a resolução do contrato.[418]

Os quatro remédios previstos na CISG, portanto, podem ser utilizados pelo comprador em caso de violação a cláusulas éticas.

---

[415] UNITED NATIONS, 2017.

[416] Em se tratando especificamente das cláusulas éticas, em que os produtos possuem um valor específico para o comprador (já que, na grande parte das vezes é revendido em mercados que exigem altos valores éticos), o valor dos prejuízos não se restringe ao valor de revenda do bem. (SCHWENZER; HACHEM; KEE, 2012, p. 611).

[417] Tradução livre de: *“Normally, an ethically produced product has a higher market value than non-ethically produced product.”* (RAMBERG, 2014, p. 90).

[418] NALIN, Op. cit., p. 338.

Apesar dos remédios legalmente previstos, o que muitas vezes ocorre no cenário do comércio internacional é um afastamento do próprio Direito Contratual, eis que regularmente os atores fazem uso de sanções que estão "fora" do Direito.

Sob o viés da perspectiva relacional do contrato, Macneil e Macaulay apontam a relativa insignificância dos instrumentos jurídicos no âmbito dos negócios: para os autores as partes não utilizam as normas jurídicas formais, pois dispõem de normas e sanções próprias mais eficazes; o Direito Contratual tradicional habita um mundo distante das expectativas normais das partes contratantes.[419] Nas palavras de Macaulay: "o contrato e o direito contratual são normalmente considerados desnecessários, porque existem várias sanções não jurídicas muito eficazes.".[420]

No que concerne especificamente à imposição da observância de padrões éticos no mundo dos negócios, ilustram Doreen MacBarnet e Marina Kurkchiyan: "é comum nos contratos de negócios que as sanções por descumprimento contratual consistam em desvantagens econômicas, em detrimento de procedimentos legais".[421] De fato, uma das mais efetivas sanções não jurídicas em caso de descumprimento contratual consiste na recusa de fazer negócios com a parte culpada no futuro.[422]

De qualquer forma, vistas as sanções previstas na Convenção das Nações sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e, também, explicitada a possibilidade de utilização de sanções não jurídicas no mundo dos negócios internacionais, voltemos os olhos à realidade local, com a análise das cláusulas éticas no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

3.3.2. As cláusulas éticas e o ordenamento jurídico brasileiro

---

[419] GORDON, Robert W. Macaulay, Macneil e a descoberta da solidariedade e do poder no direito contratual. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SALAMA, Bruno M. (orgs.). **Para que serve o direito contratual? Direito, sociedade e economia**. São Paulo: FGV, 2014, p. 43-64.

[420] MACAULAY, Stewart. Relações não contratuais nos negócios: um estudo preliminar. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SALAMA, Bruno M (org.). **Para que serve o direito contratual? Direito, sociedade e economia**. São Paulo: FGV, 2014, p. 30.

[421] Tradução livre de: "*as is usual in business contracts more generally, any sanction for non-compliance normally consists of economic leverage rather than legal procedure."* (MCBARNET; KURKCHIYAN, 2007b, p. 79).

[422] MACAULAY, Op. cit., p. 32-33.

Como apontado na breve introdução deste subcapítulo, optamos por fazer um recorte metodológico quanto às questões jurídicas que cercam as cláusulas éticas, para que seja dado enfoque à hipótese de descumprimento das obrigações em análise. Por isto é que, para tratar das cláusulas éticas no direito brasileiro, partiremos, de pronto, do tema do inadimplemento contratual.

O Código Civil Brasileiro de 2002 regulamenta o Direito das Obrigações no Livro I de sua Parte Especial, no qual está inserido o título IV, que trata do "Inadimplemento das Obrigações". O art. 389 dispõe que: "não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários do advogado." Ou seja, há no Código Civil previsão expressa para as consequências do inadimplemento, mas não há definição do que se deve compreender a título de inadimplemento

Judith Martins Costa afirma que a noção normativa de inadimplemento no ordenamento jurídico brasileiro é a de: "situação objetiva de não-realização da prestação devida e de insatisfação do interesse do credor, independentemente da causa da qual a falta procede.".[423]

Tradicionalmente, o regime de descumprimento contratual abrangido pelo Código Civil faz a dicotômica e clássica distinção entre "inadimplemento absoluto" e "inadimplemento relativo".

O inadimplemento absoluto ocorre quando a prestação que não foi realizada torna-se impossível o seu cumprimento, assim como nos casos em que, embora materialmente possível, a prestação deixa de interessar ao credor.[424] Marcos Jorge Catalan aponta que há inadimplemento absoluto: "quando da recusa ou impossibilidade imputável ao devedor de desempenhar a obrigação nascida da relação negocial, em razão da impossibilidade física ou jurídica do objeto [...] ou, ainda, quando houver a perda de interesse do credor na prestação".[425]

Ao lado do inadimplemento absoluto, o regime jurídico brasileiro traz o "inadimplemento relativo" ou a "mora", enquanto segunda espécie da classificação tradicional do descumprimento contratual.

---

[423] COSTA, Judtih Martins. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**. v. 5, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 82.
[424] STEINER, 2014, p. 135.
[425] CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento contratual**: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar. 1 ed.. Curitiba: Juruá, 2011, p. 167.

O artigo 394 do Código Civil estabelece que: “Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.”. A maior distinção feita entre essa espécie de inadimplemento e o inadimplemento absoluto é a viabilidade do cumprimento da prestação.

Consoante observa Jorge Cesa Ferreira da Silva, apesar da definição legal (que trata do *lugar* e da *forma*), a mora no direito brasileiro é vinculada precipuamente ao *tempo* da prestação[426] e, ainda, como aponta Renata C. Steiner, guarda relação exclusiva com os deveres primários ou principais das partes contratantes.[427]

Frente ao regime adotado pelo Código Civil Brasileiro em relação ao descumprimento contratual, vê-se que o nosso ordenamento jurídico apresenta uma lacuna: o inadimplemento contratual é apenas abordado e regulamentado sob o enfoque da prestação principal do contrato, deixando-se de regulamentar as obrigações secundárias e acessórias, como é o caso das cláusulas éticas.

É o que observa Renata C. Steiner:

> A disciplina dos casos de descumprimento contratual, no Brasil, não está traçada de forma sistemática; pelo contrário, encontra-se albergada pelo geral termo “descumprida a obrigação”, constante do art. 389, do Código Civil. Assim, menos do que uma lacuna legal, existe na doutrina brasileira uma lacuna conceitual e interpretativa [...]. Tal limitação é feita quando da configuração das tradicionais figuras do inadimplemento absoluto e mora, que, conforme visto, referem-se exclusivamente aos deveres de proteção.[428]

No mesmíssimo sentido, Jorge. C. Ferreira Silva aduz que as figuras tradicionais do inadimplemento do direito brasileiro representam a preocupação com a realização dos interesses na prestação principal, razão pela qual restam afastados de sua abrangência todos aqueles deveres que não digam respeito à realização da prestação.[429]

Por isso é que a adoção de uma terceira via, para além dos clássicos inadimplemento absoluto e mora é perfeitamente possível, além de extremamente necessária. A doutrina brasileira, frente ao fato de que o Código Civil pátrio não oferece uma resposta satisfatória para outros tipos de descumprimento contratual

---

[426] SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **A boa fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 145.
[427] STEINER, 2014, p. 157.
[428] Ibidem, p. 212.
[429] SILVA, Op. cit., p. 230.

além dos apontados acima, tem se inclinado a construir os alicerces desta terceira via, defendendo a aplicação da teoria da violação positiva do contrato, a qual abrange outros casos de descumprimento contratual.

A teoria da violação positiva do contrato é proveniente da Alemanha, tendo sido originalmente sugerida por Hermann Staub já em 1902 no trabalho intitulado "Sobre as violações positivas do contrato e suas consequências jurídicas".

Staub verificou que o Código Civil Alemão anterior à reforma não regulava todas as hipóteses de descumprimento do contrato, "deixando de abranger atos positivos, contrários ao contrato, e atos de cumprimento defeituoso, causadores de danos pela ofensa a um outro dever.".[430] O autor, como explicita Jorge Ferreira da Silva, reuniu cinco grandes grupos de situação que ensejariam a violação positiva do contrato: (1) o descumprimento de obrigações negativas; (2) o negligente cumprimento de deveres de prestação; (3) o mau cumprimento de obrigações duradoras, pondo em risco os fins do contrato; (4) o descumprimento de deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva e; (5) a recusa antecipada do devedor em cumprir o devido.[431]

Normativamente, a inserção da doutrina da violação positiva do contrato na Alemanha se deu com a reforma do Código Civil Alemão (BGB) em 2002, encontrando fundamento no §280, I, do *Codex.*[432]

No Brasil, o que se tem defendido – corrente a qual nos filiamos – é a aplicação da teoria da violação positiva do contrato para suprir a lacuna do Código Civil e abranger situações de descumprimento contratual que não se enquadram na dicotômica separação "inadimplemento absoluto" e "inadimplemento relativo":

> O fato é que o Código Civil pátrio não oferece uma resposta satisfatória para a solução do problema, cabendo à doutrina construir os alicerces da teoria da violação positiva do contrato, categoria que tem ampla sinonímia, dentre elas: cumprimento defeituoso; adimplemento ruim; inexecução contratual positiva e lesión del deber. O traço distintivo dessa modalidade de incumprimento não consiste no atraso ou na inexecução definitiva, mas, sim, em deficiências ou defeitos na prestação que é desempenhada, mas não da forma (pelo modo) que foi imposta ao devedor, havendo ofensa a sua qualidade.[433]

---

[430] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004, pp. 124-125.
[431] SILVA, J., 2002, p. 218-219.
[432] "Compete ao devedor que viole um dever proveniente de uma relação obrigacional o dever de indenizar". Tradução livre de: "*Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat."*. (ALEMANHA, BGB).
[433] CATALAN, 2013, p. 195.

A violação positiva do contrato, portanto, apresenta-se como uma saída viável para a regulamentação do descumprimento das cláusulas éticas, tendo em vista que tais disposições contratuais não se caracterizam como a prestação principal dos contratos em que estão inseridas, sendo obrigações acessórias geralmente de caráter negativo.

E "como consequência básica e fundamental do descumprimento contratual, também nas hipóteses de violação positiva encontra-se a reparação dos danos ou o direito à compensação dos prejuízos"[434], aplicando-se o artigo 389 do Código Civil acima transcrito. Os danos a serem reparados pela parte contratante faltosa engloba, como se sabe, os danos emergentes e os lucros cessantes.

Outra possível consequência da violação positiva do contrato, para além da possibilidade de se exigir o cumprimento forçado da obrigação[435], é a resolução contratual – hipótese esta que deve ser empreendida em concreto diante das peculiaridades e características de cada obrigação e levando em consideração a "substancialidade" do inadimplemento[436], assim como é feito em outros países (como o Canadá[437]) e na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

Ressalva-se, entretanto, que no âmbito do Código Civil Brasileiro, a rescisão contratual não é adotada como uma medida excepcional, como feito pela CISG. As disposições da Convenção tornam mais dificultoso o término contratual em razão do inadimplemento. O nosso Código Civil, por sua vez, permite à parte inocente que rescinda o contrato sem mensurar a "gravidade" do descumprimento.[438]

No âmbito do Código Civil, então, o descumprimento das cláusulas éticas pode ensejar a rescisão contratual, o cumprimento forçado da obrigação e, ainda, a reparação pelas perdas e danos.

No que concerne ao espectro de aplicação do Direito Do Consumidor, entende-se que a interpretação do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor

---

434 STEINER, 2014, p. 239.

435 Conforme artigo 475 do Código Civil, que dispõe que: "A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos."

436 STEINER, Op. cit., p. 246.

437 MCCAMUS, John D. The future of the Canadian common law of Contract. **Journal of Contract Law**, Australia, v. 31, pp. 131-150, 2014, p. 137.

438 GREBLER, Eduardo. The convention on international sale of goods and Brazilian law: are differences irreconcilable? **Journal of Law and Commerce**, Pittsburgh, v. 25, pp. 467-476, fall 2005-spring 2006. Disponível em: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/grebler.html>; Acesso em: 10 dez. 2017.

Brasileiro, que trata dos vícios de qualidade e quantidade do produto[439], pode ser estendida, a fim de abrigar no conceito de vício de qualidade a desconformidade do produto a partir dos valores, interesses e expectativas que ele contempla – do mesmo modo que a CISG é interpretada.

O (in)adimplemento contratual "absoluto", nesse contexto, estaria atrelado à importância que o consumidor prejudicado dá àquele valor ético que foi violado[440] (como, por exemplo, o respeito à legislação trabalhista ou às regras que visam a proteger o meio ambiente). Se o consumidor tem a sua expectativa frustrada de tal maneira que se vê receoso em utilizar o produto adquirido, eis que utilizá-lo significa contrariar seus próprios princípios – restando esvaído o sentimento que nutria pela marca –, há um bom motivo para a rescisão contratual e, sem prejuízos, para a reparação dos danos sofridos.

Assim, como se vê, com as adequações e interpretações legislativas cabíveis, o regime jurídico contratual brasileiro é compatível com as cláusulas éticas, aplicando-se à espécie o Código Civil ou, ainda, o Código de Defesa do Consumidor.

3.4. UM OLHAR PANORÂMICO SOBRE O TEMA: OS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DAS CLÁUSULAS ÉTICAS E A QUESTÃO CULTURAL

Feitas as digressões teóricas e jurídicas pertinentes sobre as cláusulas éticas, necessário é que se faça um balanço sobre o tema, a fim de que seja respondida a

---

439 "Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas."

440 "Em geral, é difícil determinar se há uma violação/quebra fundamental. Determinar isso é particularmente difícil quando a violação diz respeito a emoções 'desconformes'. Quando o comprador é substancialmente privado das expectativas em relação às características emocionais? Um fator importante na determinação da natureza da não conformidade é o nível de importância daquele valor emocional para o comprador". Tradução livre de: "*It is generally difficult to determine whether the supplier's breach is fundamental. The determination is particularly difficult when the breach concerns non-conforming emotions. When has the purchaser been substantially deprived 'of what he is entitled to expect' with respect to emotional characteristics? One important factor in determining the fundamental nature of non-conformity is the level of importance to the purchaser*." (RAMBERG, 2014).

principal pergunta que circunda este trabalho: São as cláusulas éticas um instrumento efetivo para a proteção e promoção dos direitos humanos no âmbito empresarial?

Tem sido referido ao longo do texto que os valores existenciais – ou éticos – passaram a ser incorporados nas atividades empresariais, do que, certamente, não estão excluídas as relações contratuais travadas pelos entes privados no âmbito comercial.

A convergência entre os contratos e os valores éticos, como bem aponta Julia Ruth-Maria Wetzel, criou padrões éticos mínimos a serem seguidos pelas corporações, de forma que a submissão a regras e *standards* na atividade empresarial resultaram na criação de uma cultura corporativa viável e sustentável.[441] As cláusulas éticas, nessa conjectura, aparecem como ferramentas para o diálogo entre os direitos humanos e as atividades empresariais, auxiliando na integração dos *standards* éticos aos negócios.

A importância da incorporação das cláusulas éticas nos contratos celebrados por empresas decorre, principalmente, do fato de que, ao tornar a observância dos direitos humanos uma obrigação contratual, as partes estão sujeitas aos regimes jurídicos que regulamentam a relação contratual travada, abrindo-se um leque de possibilidades para a efetivação destes direitos:

> Quaisquer falhas na implementação ou observação da política de direitos humanos nas empresas devem ser sancionadas imediatamente. A máxima "o que está medido está feito" encontra aplicação particular aqui. Somente através de sanções, pode-se sublinhar a dedicação da empresa aos direitos humanos e exemplificar que as violações não serão toleradas. Isso não só enviará uma mensagem clara aos funcionários e parceiros de negócios, mas também refletirá positivamente nos compradores, nos investidores e nos clientes. Basear-se exclusivamente em declarações como 'Nós respeitamos os direitos humanos', 'Aderimos ao Pacto Global das Nações Unidas' ou qualquer política interna de direitos humanos é insuficiente para garantir o cumprimento dos *standards* éticos e para compensar a falência corporativa no exterior, além de não proteger o negócio e sua reputação em caso de violação de direitos humanos. As declarações de intenção são um ponto de partida decente para as empresas que desejam criar uma política de direitos humanos, mas por si só permanecem inadequadas para enfrentar os desafios modernos dos direitos humanos nas operações comerciais transnacionais.[442]

---

[441] WETZEL, 2015, p. 217.

[442] Tradução livre de: *"Any failures to implement or observe the company's human rights policies must be sanctioned immediately. The maxim "what gets measured get done" finds particular application here. Only through sanctions can the company's dedication to human rights be underlined and exemplify that breaches of policy will not be tolerated. This will not only send a clear message to employees and business partners, it will also positively resonate with buyers, investors and customers. Relying solely on declaratory statements such as "We respect human rights", "We adhere to the UN Global Compact" or any internal human resource policies are insufficient to ensure corporate compliance with human rights standards and do not compensate for corporate failure abroad nor will they protect a business*

Conforme aponta Wetzel, a adoção de medidas “voluntárias” pelas empresas – como a aderência a códigos de conduta voluntários ou a iniciativas como o Pacto Global da ONU – são insuficientes para garantir o respeito aos direitos humanos no âmbito empresarial, sendo extremamente importante que instrumentos jurídicos “exequíveis” – como os contratos com cláusulas éticas – sejam utilizados pelos entes privados.

Esse não é o único viés benéfico das cláusulas éticas, contudo. Partindo do exemplo da China – que até hoje é um campo de batalha para a promoção, proteção e realização dos direitos humanos – Fiona McLeay destaca o impacto positivo da incorporação dos códigos de conduta nos contratos celebrados naquele país, apontando que as iniciativas das empresas transnacionais ali atuantes serviram para pressionar o governo a implementar direitos, principalmente aqueles relacionados à representação sindical.[443]

A utilização de cláusulas éticas em países em desenvolvimento, nesse aspecto, pode servir para auxiliar na implementação de normas de direitos humanos nestes Estados, os quais não podem ou não querem aderir aos *standards* de promoção e proteção dos direitos concernentes à dignidade humana.

Sobre o tema, Doreen McBarnet e Marina Kurkchiyan apontam que os *standards* éticos previstos nos contratos celebrados no âmbito do comércio internacional vão além da proteção conferida pela legislação local de determinado país, de forma que a inserção de cláusulas éticas se mostra como um mecanismo potencial para a implementação de normas internacionais, “compensando-se” as falhas na legislação nacional.[444]

De acordo com os autores, muitos códigos de conduta das empresas que são incorporados aos contratos deixam claro que as normas protetivas de direito internacional se sobrepõem às normas de direito local.[445] A Marks&Spencer, por exemplo, em seu “*Global Sourcing Principles*” estipula que seus fornecedores devem respeitar integralmente as normas locais e nacionais, mas que independentemente da

---

and its reputation in case of human rights violations. Statements of intent are a decent starting point for businesses wishing to create a human rights policy, but on their own remain inadequate in addressing the modern challenges of human rights in transnational business operations". (WETZEL, 2015, p. 220-221).

[443] MCLEAY, Fiona. Corporate codes of conduct and the human rights accountability of transnational corporations: a small piece in a larger puzzle. In: SCHUTTER, Olivier de. **Transnational Corporations and Human Rights**. Portland: Hart Publishing, 2006, p. 226.

[444] MCBARNET; KURKCHIYAN, 2007b, p. 66.

[445] Ibidem, p. 67.

regulamentação local, os trabalhadores das empresas fornecedoras devem ter no mínimo quinze anos.[446]

Este aspecto, contudo, não é livre de problemas e tensões.

Veja-se que, ao se impor nos contratos cláusulas que proíbem a violação aos direitos humanos, é possível que existam embaraços quanto ao que as partes entendem como pontos passíveis de proteção. É o caso, por exemplo, da proibição do trabalho infantil acima mencionado, que em muitas culturas é perfeitamente aceito e considerado como parte da formação do indivíduo, encontrando respaldo na própria legislação local.

O problema cultural, portanto, é uma realidade quando se trata de cláusulas éticas. O relativismo cultural, como aponta Eva Kocher, constitui um problema fundamental para a implementação e exigibilidade de *standards* "universais"[447], existindo um entrave para a conciliação entre obrigações impostas contratualmente e a prática cultural de determinadas empresas. Os exemplos trazidos por McBarnet e Kurkchiyan quanto ao tema são extremamente pertinentes:

> Como eles devem impor a igualdade de gênero na empresa que opera em uma sociedade ferozmente sexista? Como serão harmonizadas as políticas de RSC sobre o trabalho de menores de idade com um conceito local sobre infância, quando existem diferentes conjuntos de expectativas sociais sobre quando a infância acaba e começa a vida adulta? Como devem ser levadas em conta as questões como a autonomia familiar, o papel central da tradição e a primazia do dever filial?
> O assunto torna-se ainda mais complicado quando as questões morais são consideradas no contexto local. [...] Como se pode justificar a proibição do trabalho infantil nas indústrias de exportação que remuneram de forma mais adequada, se a consequência inevitável de tal proibição seria que as crianças em questão são obrigadas a buscar emprego em piores situações, típicas das empresas que apenas abastecem o mercado interno?[448]

---

[446] MARKS AND SPENCER PLC.. **Global Sourcing Principles da Marks & Spencer**. Londres, nov. 2016, p. 2. Disponível em: <https://corporate.marksandspencer.com/documents/plan-a-our-approach/global-sourcing-principles.pdf>; Acesso em 09 dez. 2017.

[447] KOCHER, 2008, p. 74.

[448] Tradução livre de: *"How are they to enforce gender equality in an enterprise that operates in a fiercely sexist society? How are they to harmonize CSR policy on under-age labor with an accepted local concept of childhood when there are different sets of social expectations on when childhood ends and adulthood starts? How are they to take account of such matters as family autonomy, the central role of tradition and the primacy of filial duty? The matter becomes even more complicated when moral issues are considered in local context. [...] How can a ban on child labor in the relatively better paid export industries be justified, if the inevitable consequence of such ban would be that the children concerned are forced to seek employment in the much worse conditions typical od enterprises that only supply the domestic market?".* (MCBARNET; KURKCHIYAN, 2007b, p. 72).

Consoante expõem os autores, muitas vezes a incorporação de padrões éticos sem que seja considerada as peculiaridades culturais que permeiam a relação contratual pode levar a consequências indesejadas: é o caso de crianças que são proibidas de trabalhar junto a fornecedores de empresas transnacionais e acabam vendendo sua força de trabalho para empresas nacionais que não tem qualquer vinculação com padrões éticos e que oferecem piores condições de trabalho. Fiona McLeay também aborda a questão, concluindo que: "a implementação de direitos humanos sem prévia consulta e programas de compensação [...] simplesmente desloca os abusos aos direitos humanos para outro domínio".[449]

A crítica feita pela teoria crítica dos direitos humanos quanto à pretensão de universalidade destes direitos, dessa forma, também se aplica às cláusulas éticas.

Consoante aponta Joaquin Herrera Flores[450], desde o século XVI até nossos dias, a questão acerca da nova natureza que assumia a "condição humana" – dotada abstratamente de direitos – foi um tema recorrente. Tais polêmicas confluíram no século XX à categorização do humano sob o conceito "aparentemente" universal de direitos humanos, que foram concretamente formulados pela primeira vez, sob essa denominação, na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Este conceito, que surgiu em um contexto particular (Ocidente) difundiu-se por todo o globo como se fosse o mínimo ético necessário para se lutar pela dignidade.

Todavia, em grande quantidade de ocasiões tentam se impor direitos humanos universais em face de concepções culturais que nem sequer têm em sua bagagem linguística o conceito de direito. Isso gera graves conflitos de interpretação em relação aos direitos humanos que se deve saber gerir sem imposições nem colonialismos.[451]

Na mesma esteira, Boaventura de Sousa Santos defende o diálogo intercultural sobre a dignidade humana que, segundo o autor, pode levar a uma concepção mestiça de direitos humanos, a qual ao invés de recorrer a falsos universalismos se organizada "como uma constelação se sentidos locais, mutuamente inteligíveis, e se constitui em redes de referências normativas capacitantes.".[452] Sobre o pluralismo e os direitos humanos, aponta Chantal Mouffe a necessidade de

---

[449] Tradução livre de: *"Enforcement of human rights without consultation and programs to compensate workers […] simply shifted human rights abuses to another domain."* (MCLEAY, 2006, p. 235.)
[450] Sobre a complexidade cultural dos direitos humanos: FLORES, 2009.
[451] Ibidem, p. 37.
[452] SANTOS, 2007, p. 22.

reconhecimento das especificidades de cada cultura e de aceitação da existência de diversas formas de dignidade humana.[453]

No contexto das cláusulas éticas, portanto, o caminho não pode ser outro se não o *diálogo.* A prática de *tolerar o intolerável*[454], por ser pautada na igual dignidade de todos os homens e mulheres e suas respectivas identidades culturais, deve levar em consideração distintas formas de viver e, por isso, as cláusulas éticas, que perpassam o objeto deste trabalho, devem ser devidamente acordadas e não *impostas* por apenas uma parte contratante que considera *universal* a sua perspectiva de direitos humanos.

McBarnet e Kurkchiyan destacam, também, que os problemas culturais podem ser contornados com cláusulas que sejam mais amplas e flexíveis, para que as partes contratantes tenham liberdade de decidir o que é apropriado e razoável no contexto em que estão inseridas.[455]

Outro problema que exsurge com relação às cláusulas éticas diz respeito às dificuldades de implementação de *standards* éticos por empresas que possuem baixo poder aquisitivo, como é o caso das fornecedoras que se encontram em países em desenvolvimento. Assim como a observância aos direitos humanos é custosa aos Estados[456], ela também o é no âmbito dos entes privados.

Especificamente sobre as dificuldades de implementação de *standards* éticos na cadeia de fornecedores, explicitam McBarnet e Kurkchiyan: "para alguns fornecedores as despesas com auditorias e com o cumprimento das recomendações dos compradores são muito altas se comparadas a sua renda".[457] Para a solução deste problema, o que os autores sugerem é que a parte contratante com maior poder aquisitivo – neste contexto, as transnacionais – harmonizem seus interesses comerciais com a capacidades dos fornecedores, auxiliando na adoção dos *standards*

---

[453] MOUFFE, Chantal. Can human rights accommodate pluralism? In: WILLIAMS, Wes (ed.). **Religion and Rights The Oxford Amnesty Lectures**. Manchester: Manchester University Press. 2011.

[454] JERÔNIMO, Patrícia. Os direitos do homem à escala das civilizações: proposta de análise a partir do confronto dos modelos ocidental e islâmico. Coimbra: Almedina, 2001, p. 254 Apud. FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos Direitos Humanos**: teoria e práxis na cultura da tolerância. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 265.

[455] MCBARNET; KURKCHIYAN, 2007b, p. 70.

[456] Consoante estudo realizado por Cass Sunstein, em que se verificou que todos os direitos custam e demandam uma atuação positiva do Estado (SUSTEIN, Cass. **The Cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Co., 1999).

[457] Tradução livre de: *"It is clear that for some suppliers the expenses of facing a full-scale audit and the having to act on the recommendations are too high for their resources."* (MCBARNET; KURKCHIYAN, Op. cit., p. 87.)

éticos, para que, ao mesmo tempo, os fornecedores façam todos os esforços necessários para adotar os valores éticos em questão.[458] É o que faz, por exemplo, a IKEA, conforme visto nos itens precedentes.

Expostos alguns dos "pesos e contrapesos" da adoção de cláusulas éticas no âmbito das empresas, a resposta à pergunta "São as cláusulas éticas um instrumento efetivo para a proteção e promoção dos direitos humanos no âmbito empresarial?" não pode ser respondida com um simples sim ou não.

Há diversas questões problemáticas que circundam a incorporação de padrões éticos nos contratos. Entretanto, é possível dizer que as cláusulas éticas podem ser um mecanismo útil para a proteção e promoção dos direitos humanos pelas empresas. Consideradas as peculiaridades da cada relação contratual, tais disposições contratuais podem, além de garantir juridicamente a observância a valores éticos – com todas as consequências que disso decorre –, trazer benefícios indiretos, como criar uma cultura ética no mundo dos negócios, auxiliar na educação dos próprios empregados e administradores das empresas quanto a questões relacionadas aos direitos humanos e, em alguns casos, influenciar Estados a adotarem medidas mais protetivas em matéria de direitos humanos, mostrando que a observância de valores éticos não é incompatível com o crescimento econômico.[459]

Fiona McLeay descreve esses benefícios em relação aos códigos de conduta das empresas transnacionais; benefícios estes que, conforme entendemos, aplicam-se integralmente às cláusulas éticas nos contratos celebrados por quaisquer empresas:

> Parece, então, que os códigos de conduta podem ser úteis para:
> - promover e proteger os direitos humanos que estão na esfera de influência das empresas transnacionais, em particular, […], os direitos trabalhistas […];
> - trazer mudanças culturais dentro das empresas e propiciar um ambiente no qual os direitos humanos passam a fazer parte do plano de negócios e das operações diárias das transnacionais; e
> - servir como modelos ou exemplos para os Estados e trabalhadores nos países em desenvolvimento, mostrando a eles de que modo os direitos humanos podem ser incorporados na atividade empresarial.[460]

---

[458] MCBARNET; KURKCHIYAN, 2007b, p. 88.
[459] MCLEAY, 2006, p. 237.
[460] Tradução livre de: *"It seems, then, that codes of conduct can be useful:*
- to promote and protect human rights which are directly in the sphere of influence of the TNC, in particular, […], employee or labor rights […];
- to bring cultural change within companies and promote an environment where human rights begin to form part of the business plan and everyday operations of TNCs; and
- as role models or examples for host States and workers in the developing world of the way in which human rights can be incorporated into business enterprises." (MCLEAY, 2006, p. 238).

Desta forma, somadas às medidas voluntárias adotadas pelas empresas em matéria de direitos humanos, algumas das quais foram vistas ao longo deste trabalho, a incorporação de valores éticos nos contratos celebrados por empresas deve ser incentivada, respeitando-se as suas limitações e maximizando-se seus impactos benéficos.

A utilização de cláusulas éticas, ressalta-se, é apenas uma parte do complexo problema causado pela globalização e a proliferação de atividades nocivas à dignidade humana pela atividade empresarial. Como visto ao longo deste trabalho, encontrar maneiras de tornar as empresas responsáveis pela proteção e promoção dos direitos humanos é um largo quebra-cabeça, do qual a incorporação de cláusulas éticas nos contratos é apenas uma das peças.

A sua utilização, entretanto, pode auxiliar na complexa e multifacetada problemática “das empresas e dos direitos humanos”, legitimando o contrato como um instrumento de emancipação da pessoa humana e de realização de políticas de emancipação social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não convertamos uma questão de futuro em
questão de relance.
[...]
Não reduzamos uma imensa questão de princípios
a vil questão de interesses.
Rui Barbosa

Tratar da aproximação entre a atividade empresarial e os direitos humanos não é tarefa fácil. Em primeiro lugar porque, como mencionado ao longo deste trabalho, as empresas não são diretamente e legalmente responsáveis pelas obrigações relacionadas aos direitos humanos junto ao Direito Internacional e, mesmo junto aos Estados propriamente ditos, a sua responsabilização encontra as mais variadas barreiras. Em segundo lugar porque, principalmente nos países mais pobres, onde a maioria das empresas transnacionais possuem subsidiárias e/ou fornecedores, as legislações em termos de direitos relacionados à dignidade da pessoa humana apresentam diversas lacunas, sendo consideradas “fracas” quando comparadas a de países mais desenvolvidos. Em terceiro lugar porque, mesmo quando falamos em Responsabilidade Social Corporativa ou, em assunção de obrigações referentes aos direitos humanos por diversas empresas, vemos diariamente o cometimento de abusos por partes destes mesmos entes privados que, apesar de se auto afirmarem eticamente responsáveis, acabando cometendo falhas e violando as mais variadas espécies de direitos. Em quarto lugar porque, em que pese a proliferação de iniciativas em prol da promoção e proteção dos direitos humanos pelas empresas, o quadro não engloba todos os setores da atividade empresarial, existindo muitas empresas, ainda, alheias aos conceitos de responsabilidade social ou de governança corporativa.

É dizer: estas e outas dificuldades demonstram a complexidade e a profundidade da problemática que permeiam este trabalho.

Isso não significa, contudo, que avanços não ocorreram e, muito menos, que contribuições acadêmicas – respaldadas, principalmente, nas práticas que vem sendo adotadas no mercado – não podem ser feitas.

Além do já consolidado debate teórico acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, vimos no decorrer da vertente dissertação a evolução da discussão – dentro do próprio mercado – acerca da responsabilidade das empresas pela proteção e promoção dos direitos humanos.

Em razão dos impactos negativos ocasionados pelo desenvolvimento das atividades comerciais, principalmente decorrentes do processo de globalização econômica, o assunto tornou-se tema prioritário na agenda da Organização das Nações Unidas (entre outros organismos internacionais), dos Estados e da própria sociedade civil.

A busca de soluções para os problemas ocasionados pelo desenvolvimento de atividades comerciais passou a ser, assim, uma preocupação do mercado que, reagindo à pressão da sociedade em geral e às iniciativas provenientes de organismos internacionais e nacionais, passaram a adotar medidas eticamente responsáveis, visando mitigar os prejuízos causados à sociedade. Tais iniciativas, conhecidas principalmente sob a linguagem da Responsabilidade Social Corporativa, proliferaram-se ao redor do globo, principalmente entre as empresas transnacionais.

E, como não poderia deixar de ser em um cenário marcado por intensas transações econômicas, os *standards* éticos que passaram a fazer parte de toda a operação – interna e externa – das empresas, começaram a ser inseridos nos contratos por elas celebrados, a partir do que denominamos aqui de cláusulas éticas.

Consoante explicitado no Capítulo 3, as cláusulas éticas vinculam os contratantes a obrigações concernentes, entre outros aspectos, à promoção e à proteção dos direitos humanos. Através delas, as partes tornam-se juridicamente e contratualmente responsáveis por respeitar direitos humanos que, na maioria das vezes, não guardam relação direta com o objeto contratual.

A inserção destas cláusulas nos contratos, então, é um mecanismo para que deveres atinentes à dignidade humana possam ser juridicamente exigidos. Isto significa, em termos práticos, que a não observância, por uma das partes, a estes *standards* éticos implica em consequências legalmente previstas, como por exemplo, a rescisão contratual e o pagamento de multas ou indenizações.

Tal aspecto, somado a outros benefícios, tais como a criação uma cultura ética no mundo dos negócios; o auxílio na educação dos empregados e administradores das empresas quanto a questões relacionadas aos direitos humanos; o reflexo de iniciativas eticamente responsáveis em outros parceiros contratuais e, em alguns casos; a influência exercida em Estados para que estes adotem medidas mais protetivas em matéria de direitos relacionados à dignidade humana; demonstram a importância da utilização das cláusulas éticas nos contratos celebrados entre as empresas.

Muito embora este instrumento não esteja isento de críticas, conforme exposto no Subcapítulo 3.4, entendemos que as cláusulas éticas podem contribuir, e muito, para o respeito e a promoção dos direitos humanos no campo dos negócios. Por óbvio, não existe solução mágica para problemática dos abusos cometidos pelas empresas em detrimento dos direitos humanos; contudo, existem instrumentos que já fazem parte da prática das empresas – como as cláusulas éticas – cuja utilização merece ser cada vez mais incentivada, sem prejuízo das necessárias incursões acadêmicas sobre o assunto.

Frente à concepção de que o contrato é um instrumento de emancipação da pessoa humana, as cláusulas éticas se mostram como um exemplo concreto – e muito cristalino – de que é possível se falar em ética e solidariedade no campo das relações econômicas, com a efetiva proteção e promoção dos direitos humanos pelos entes privados.

Afinal, como brilhantemente defende o mestre Pietro Perlingieri, são os argumentos éticos "que merecem prioridade e fornecem à economia um fundamento ético que, na concreta realidade histórica, saiba conjugar eficiência econômica e direitos humanos, mercado e democracia".[461]

[461] PERLINGIERI, 2008, p. 539.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

ALMEIDA, Vera Ribeiro de. Qual é a contribuição do debate com as ciências sociais para a pesquisa jurídica brasileira? Uma análise a partir da experiência empírica junto aos juizados criminais especiais cariocas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, jul. 2014.

AMIGO, Manuel García. Idea del contrato: 50 años depués (consideraciones previas a una definición del contrato). In: POMBO, Eugenio Llmamas. **Estudios de derecho de obligaciones**: homenaje al professor Mariano Alonso Pérez. Madrid: Editora La Ley, 2006.

ANDERSEN, Mette; LARSEN-SKJOETT, Tage. Corporate Social Responsibility in global supply chains. **Supply Chain Management: An International Journal**, v. 14, n. 2, pp. 75-86. 2009.

AVON COSMÉTICOS LTDA. Instituto Avon. As causas do Instituto Avon. **Avon Portal web**. São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.institutoavon.org.br/#/causas/as-causas-do-instituto-avon>; Acesso em: 04 nov. 2017.

_____. Instituto Avon. **Avon Portal web**. São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.avon.com.br/aavon/instituto-avon>; Acesso em 04 nov. 2017

_____. Responsabilidade Social. Instituto Avon. **Avon Portal web**. São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.avon.com.br/aavon/responsabilidade-social>; Acesso em 04 nov. 2017

AVON PRODUCTS INC.. **Código de Conduta**. Nova York, 2013. Disponível em: <http://www.avoncompany.com/documents/ethics_and_compliance/Code_of_Conduct_Portuguese.pdf>; Acesso em: 04 nov. 2017.

BALL, Olivia; GREADY, Paul. **The no-nonsense guide to human rights**. Oxford: New Internationalist Publications Ltd., 2009.

BARROS, Carlos Roberto Galvão. **A eficácia dos direitos sociais e a nova hermenêutica constitucional**. 1 ed. São Paulo: Biblioteca 24 horas. E-book. 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999.

BELPORO, Christelle. **La responsabilité des entreprises multinationales pour les violations des droits de l'homme em Afrique**. Paris: L'Harmattan, 2017.

BENACCHIO, Marcelo; VAILATTI, Diogo Basílico. Empresas Transnacionais, globalização e direitos humanos. In: BENACCHIO, Marcelo (coord.); VAILATTI, Diogo

Basílio; DOMINIQUINI Eliete Doretto (orgs.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. Curitiba: CRV, 2016.

BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997a.

_____. **Los derechos fundamentales em la frontera entre lo público y lo privado** (la nócion de *state action* en la jurisprudencia norteamericana). Madrid: McGraw-Hill, 1997b.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGER, Fernanda Gabriela. Responsabilidade social empresarial e sustentabilidade para a gestão empresarial. **Portal do Instituto Ethos**, São Paulo, 19 jun. 2013. Disponível em: <https://www3.ethos.org.br/cedoc/responsabilidade-social-empresarial-e-sustentabilidade-para-a-gestao-empresarial/#.WbrR-8iGOWV>; Acesso em: 14 set. 2017.

BRABANDERE, Eric de. Non-state actors and human rights: corporate responsibility and the attempts to formalize the role of corporations as participants in the international legal system. In: D'ASPREMONT Jean. **Participants in the international legal system**: multiple perspectives on non-state actors in international law. Abingdon: Routledge, 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 158.215/RS, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 14 de abril de 1996.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 161.243, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Carlos Velloso, Brasília, DF, 29 de outubro de 1996.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 201.819, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie, Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, 11 de outubro de 2005.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental n. 132 (Rio de Janeiro) e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.227 (Distrito Federal) do Plenário do Superior Tribunal Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011.

BROWNSWORD, Roger. The law of contract: doctrinal impulses, external pressures, future directions. **Journal of Contract Law**, Australia, v. 31, p. 73-99, 2014.

BUTLER, Petra. The CISG – A secret weapon in the fight for a fairer world. In: SCHWENZER, Ingeborg. **35 years CISG and beyond**. Haia: Eleven International Publishing. 2016.

CAFAGGI, Fabrizio. The regulatory functions of transnational commercial contracts: new architectures. **Fordham international law journal**, Nova York, v. 36, n. 6, pp. 1557-1618, 2013.

CAMPBELL, Tom. Normative grounding: a human rights approach. In: CAMPBELL, Tom; MCBARNET Doreen; VOICULESCU, Aurora. **The new corporate accountability**: corporate social responsibility and the law. New York: Cambridge Press, 2007.

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

CARDIA, Ana Cláudia Ruy. **Empresas, direitos humanos e gênero**: desafios e perspectivas na proteção e na emancipação da mulher pelas empresas transnacionais. 2014, 198 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014.

CARDIA, Ana Cláudia Ruy; GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. O Estado de Direito Internacional na condição pós-moderna: a força normativa dos princípios de Ruggie sob a perspectiva de uma Radicalização Institucional. In: BENACCHIO, Marcelo (coord.); VAILATTI, Diogo Basílio; DOMINIQUINI, Eliete Doretto (orgs.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. Curitiba: CRV, 2016.

CARVALHO NETO, Frederico da Costa; PASSARELLI, Rosana Pereira. Empresas transnacionais, ordem econômica e direitos humanos. In: BENACCHIO, Marcelo (coord.); VAILATTI, Diogo Basílio; DOMINIQUINI Eliete Doretto (orgs.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. Curitiba: CRV, 2016.

CASS, Sunstein. **The Cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Co., 1999.

CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento contratual**: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CLÈVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 54, pp. 28-36, jan./mar. 2006.

COMPARATO, Fabio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. Empresas e Direitos Humanos. **Parâmetros da ONU para Proteger, Respeitar e Reparar**. **Relatório Final de John Ruggie –**

Representante Especial do Secretário-Geral. São Paulo: Conectas Direitos Humanos, 2012.

CORELL, Hans. The Global Compact. In: MULLERAT, Ramon. **Corporate Social Responsibility**: the corporate governance of the 21st century. Netherlands: Kluwer Law International, 2011.

COSTA, André Brandão Nery; CASTRO, Raul Murad Ribeiro de. Notas sobre a influência de interesses extracontratuais socialmente relevantes no contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ane Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stéfano Rodotá. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COSTA, Judtih Martins. **Comentários ao novo Código Civil**: do inadimplemento das obrigações. v. 5, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CRONSTEDT, Claes. Some legal dimensions of corporate codes of conduct. In: MULLERAT, Ramon. **Corporate Social Responsibility**: the corporate governance of the 21st century. Netherlands: Kluwer Law International, 2011.

DEUTSCHE POST DHL. **Commentary on UN Global Compact Communication on Progress**. 2011. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/system/attachments/15480/original/Deutsche_Post_DHL_UNGC_COP_Advanced_2011.pdf?1337453460>; Acesso em: 02. dez. 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4 ed.. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Lições de Direito Empresarial**. 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

DYCKER, Stéphanie De. Permeability and Complementarity of Public and Private International Law: the case of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. In: CABOT, Francisco Javier Zamora; DYCKER, Stéphanie De; URSCHELER, Lukas Heckendorn (eds.). **Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights**. Publications of the Swiss Institute of Comparative Law. Geneva/Zurich: Schulthess Éditions Romandes, 2017.

ELECTRONIC INDUSTRY CITIZENSHIP COALITION. **Code of Conduct**. 2014. Disponível em: <http://www.responsiblebusiness.org/media/docs/EICCCodeofConduct5_English.pdf>; Acesso em: 27 nov. 2017

EMPRESA: maior que país. **Super Interessante**, 31 out. 2004. Disponível em: <http://super.abril.com.br/comportamento/empresa-maior-que-pais>; Acesso em: 25 jul. 2017.

FACHIN, Luiz Edson. Ensaio sobre a incidência dos direitos fundamentais na construção do Direito Privado brasileiro contemporâneo a partir do Direito Civil-Constitucional no Brasil. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga, **Direitos fundamentais e novos direitos**. 2 série. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. **Fundamentos dos Direitos Humanos**: teoria e práxis na cultura da tolerância. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. De fora, de cima, de baixo – todos os sentidos da dignidade no discurso dos direitos. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias** Fundamentais, Curitiba, v. 2, n. 2, pp. 78-94, jul./dez. 2016.

_____; PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil. In FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. **Diálogos sobre Direito Civil**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FARIA, José Eduardo. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 11, n. 30, pp. 43-52, 1997.

FERNANDO, Emmanuel Q.. **Business law and ethics**. Manila, Philippines: Rex Book Store, 2012.

FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES (GRUPO FCA). **Código de Conduta**. Turim. Disponível em: <http://www.fiat.com.br/content/dam/fiat-brasil/institucional/Codigo_de_conduta.pdf>; Acesso em: 04 nov. 2017.

FICHTER, Michael; SYDOW, Jörg. Using Networks Towards Global Labor Standards? Organizing Social Responsibility in Global Production Chains. **Industrielle Beziehungen: Zeitschrift für Arbeit, Organisation und Management**, Alemanha, n. 9, v. 4, pp. 357-380, 2002.

FLORES, Joaquin Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução: Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à História do Direito**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

FONTAINE, Marcel. Les principes d'Unidroit et la protection de la partie faible. In: BOELE-WOELKI, Katharina; GROSHEIDE, Willem. **The future of European Contract Law**: essays in honor of Ewoud Hondius to commemorate his retirement as Professor of Civil Law at the University of Utrecht. Netherlands: Kluwer Law International, 2007.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. A saga da uniformização da compra e venda internacional: da lex marcatoria à Convenção de Viena de 1980. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira. **A compra e venda internacional de mercadorias**: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980. São Paulo: Atlas, 2011.

FREUDENBERG, Nicholas. The 100 Largest governments and corporations by revenue. **Portal Corporations and Health Watch**, New York/Michigan, 09 out. 2017. Disponível em: <http://www.corporationsandhealth.org/2015/08/27/the-100-largest-governments-and-corporations-by-revenue/>; Acesso em: 28 out. 2017.

FRIEDMAN, Milton. The social responsibility of business to increase its profits. **The New York Times Magazine**, New York, 13 set. 1970. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/article-15-no-title.html>; Acesso em: 28 set. 2017.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **World economic outlook**: a survey by the staff of the International Monetary Fund. Washington, D.C.: The Fund, 1980. Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/WEOMAY/chapter1.pdf>; Acesso em: 31 ago. 2017.

GARCIA, Frank J. Between *Cosmopolis* and Community: Globalization and the Emerging Basis for Global Justice. **New York University Journal of International Law & Politics, Forthcoming**, New York, v. 46, n. 1, research paper n. 298, 2013.

GLINSKI, Carola. Bridging the Gap: the legal potential of private regulation. In: DILLING, Olaf; HERBERG, Martin; WINTER, Gerd. **Responsible business**: Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions. Portland: Oxford and Portland Oregon, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GORDON, Robert W. Macaulay, Macneil e a descoberta da solidariedade e do poder no direito contratual. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SALAMA, Bruno M. (orgs.). **Para que serve o direito contratual?** Direito, sociedade e economia. São Paulo: FGV, 2014.

GRAY, John. **Falso amanhecer**: os equívocos do capitalismo global. Rio de Janeiro: Record, 1999.

GREBLER, Eduardo. The convention on international sale of goods and Brazilian law: are differences irreconcilable? **Journal of Law and Commerce**, Pittsburg, v. 25, pp. 467-476, fall 2005-spring 2006. Disponível em: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/grebler.html>; Acesso em: 10 dez. 2017.

HERBERG, Martin. Global legal pluralism and interlegality: environmental self-regulation in multinational enterprises as global law-making. In: DILLING, Olaf; HERBERG, Martin; WINTER, Gerard. **Responsible business**: self-governance and law in transnational economic transactions. Oxford: Hart Publishing, 2008.

HERDERGEN, Matthias. **Principles of International Economic Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

HOPKINS, Michael. **The planetary bargain**: Corporate Social Responsibility matters. London: Earthscan, 2013.

ISA, Felipe Gómez. Empresas transnacionales y derechos humanos: desarrollos recientes. **Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales**, País Vasco, ed. especial, pp. 55-94, 2006.

IUDICA, Giovanni. Globalizzazione e diritto. In: GUIMEZANES, Nicole. **Leçons du droit civil**: mélanges en l'honneur de Françis Chabas. Bruxelles: Bruylant. 2011.

KOCHER, Eva. Codes of conduct and framework agreements on social minimum standards – Private regulation? In: DILLING, Olaf; HERBERG, Martin; WINTER, Gerd. **Responsible business**: Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions. Portland: Oxford and Portland Oregon, 2008.

_____. Private standards between soft law and hard law: the German case. **International Journal of Comparative Labor Law and Industrial Relations**, v. 18, n. 3, pp. 265-280, fall 2002.

LEISINGER, Benjamin. SCHWENZER, Ingeborg. Ethical values and international sales contracts. In CRANSTON, Ross; RAMBER Jan; ZIEGEL Jacob. **Commercial Law Challenges in the 21ª Century**. Uppsala, Sweden: Iustus Förlag, 2007.

LIN, Wen-Li. Legal transplants through private contracting: codes of vendor conduct in global supply chains as an example. **American Journal of Comparative Law**, v. 57, n. 3, pp. 711-744, 2009.

LÔBO, Paulo. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

_____. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOCATELLI, Piero. Trabalho escravo na Animale: R$ 698 na loja, R$5 para o costureiro. **Repórter Brasil**, 19 dez. 2017. Disponível: <http://reporterbrasil.org.br/2017/12/trabalho-escravo-na-animale-r-698-na-loja-r5-para-o-costureiro/>; Acesso em: 06 jan. 2018.

MACAULAY, Stewart. Relações não contratuais nos negócios: um estudo preliminar. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SALAMA, Bruno M (org.). **Para que serve o direito contratual?** Direito, sociedade e economia. São Paulo: FGV, 2014.

MAK, Chantal. **Fundamental rights in European Contract Law**: a comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England. Netherlands: Kluwer Law International. 2008.

MARKS, P. Stephen. Poverty. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta, SIVAKUMARAN, Sandesh. **International human rights law.** Oxford: Oxford University Press. 2001.

MARKS AND SPENCER PLC.. **Global Sourcing Principles da Marks & Spencer**. Londres, nov. 2016, p. 2. Disponível em: <https://corporate.marksandspencer.com/documents/plan-a-our-approach/global-sourcing-principles.pdf>; Acesso em 09 dez. 2017.

MCBARNET, Doreen; SCHIMITD, Patrick. Corporate social responsibility beyond law, through law, for law: the new corporate accountability. In: CAMPBELL, Tom; MCBARNET, Doreen; VOICULESCU, Aurora. **The new corporate accountability**: Corporate Social Responsibility and the Law. New York: Cambridge Press, 2007a.

MCBARNET, Doreen; KURKCHIYAN, Marina. Corporate social responsibility through contractual control? Global supply chains and 'other-regulation'. In: CAMPBELL, Tom; MCBARNET, Doreen; VOICULESCU, Aurora. **The new corporate accountability**: Corporate Social Responsibility and the Law. New York: Cambridge Press, 2007b.

MCCAMUS, John D. The future of the Canadian common law of Contract. **Journal of Contract Law**, Australia, v. 31, pp. 131-150, 2014.

MCLEAY, Fiona. Corporate codes of conduct and the human rights accountability of transnational corporations: a small piece in a larger puzzle. In: SCHUTTER, Olivier de. **Transnational Corporations and Human Rights**. Portland: Hart Publishing, 2006.

MEDAGLIA, Ivo de Paula. A proposta de uniformização do direito do comércio internacional e a integração da CISG no ordenamento jurídico brasileiro. In: NALIN, Paulo (coord.). **Compra e venda internacional de mercadorias**: vigência, aplicação e operação da CISG no Brasil. Curitiba: Juruá, 2014.

MELO NETO, Francisco Paulo de; FRÓES, César. **Gestão da responsabilidade Social Corporativa: o caso brasileiro**. 2 ed.. Rio de Janeiro: Editora Qualitymark, 2001.

MITKIDIS, Katerina Peterkova. Sustainability Clauses in international supply chains contracts: regulations, enforceability and effects of ethical requirements. **Nordic Journal of Commercial Law**, n. 1, 2014.

MPT resgata 20 pessoas em condição análoga a de escravo no Maranhão. **Justificando**, 18 set. 2017. Disponível em: <http://justificando.com/2017/09/18/mpt-resgata-20-pessoas-em-condicao-analoga-de-escravo-no-maranhao/>; Acesso em: 06 jan. 2018.

MONTEIRO, A. Reis. **Ethics of human rights**. Switzerland: Springer, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 1, pp. 59-73, jul./dez. 1991.

MORAN, Theodore H. The United Nations and transnational corporations: a review and a perspective. **Transnational Corporations**, v. 18, n. 2, pp. 91-112, ago. 2009.

MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro: análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues; NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos de Código Civil. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MOUFFE, Chantal. Can human rights accommodate pluralism? In**:** WILLIAMS, Wes (ed.). **Religion and Rights The Oxford Amnesty Lectures**. Manchester: Manchester University Press, 2011.

MUCHLINSKI, Peter. Human rights and multinational enterprises. In: CAMPBELL, Tom; MCBARNET, Doreen; VOICULESCU, Aurora. **The new corporate accountability**: Corporate Social Responsibility and the Law. New York: Cambridge Press, 2007.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. A força obrigatória dos contratos no Brasil: uma visão contemporânea e aplicada à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em vista dos princípios sociais do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 1, pp. 111-134, jul./set. 2014.

_____. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2 ed.. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. International fair trade (fair trade in international contracts and ethical standards. In: SCHENZER, Ingeborg. **35 years CISG and beyond**. Haia: Eleven International Publishing, 2016.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 8 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NESTLÉ S. A.. **Código de Conduta Empresarial da Nestlé**. Vevey, Suíça, 2008. Disponível em: <https://empresa.nestle.pt/recursoshumanos/documents/codigo-conduta-empresarial.pdf>; Acesso em: 04 nov. 2017.

NIKE, INC. **The Nike Code of Ethics**. 2011. Disponível em: <https://s1.q4cdn.com/806093406/files/doc_downloads/governance/2011-Inside-the-Lines-online-booklet-FINAL-11-10-26.pdf>; Acesso em: 04 nov. 2017.

NORDMEYER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil Alemão – A reforma de 2002. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 1, pp. 203-236, 2004. Disponível em: <www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/43502/27380>; Acesso em: 05 fev. 2017.

NOWAK, Manfred. **Introduction to the International Human Rights Regime**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. United Nations Human Rights. About the United Nations Forum on Business and Human Rights. **Portal OHCHR**, Genebra, 2017. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Forum/Pages/ForumonBusinessandHumanRights.aspx>; Acesso: 28 out. 2017.

OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. United Nations Human Rights. Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. **Portal OHCHR**, Genebra, [2017]. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx>; Acesso em: 24 out. 2017.

OGONI: Individual Testimonies Highlight Human-Rights Abuses. **Unrepresented Nations & Peoples Organization**, 28 set. 2012. Disponível em: <http://unpo.org/article/14922>; Acesso em 05 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights, **UN Doc. A/HRC/8/5**, 7 abr. 2008.

DANIELE, Anna Luisa Walter de Santana; PAMPLONA, Danielle Anne. In: GOMES, Eduardo Biacchi; LEAL, Mônica Clarissa Henning; PAMPLONA, Danielle Anne (coords.); FACHIN, Melina Girardi; ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio (orgs.). **Direitos Humanos sob a perspectiva global**: estudos em homenagem à Flávia Piovesan. Curitiba: Instituto Memória, 2017, pp. 371-398.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional** – Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Empresas e direitos humanos. **O Globo**, Rio de Janeiro, 02 fev. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/empresas-direitos-humanos-20859445#ixzz4rXiANySw>; Acesso em: 02 set. 2017.

_____. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v.3, n.2, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/1520/1773>; Acesso em: 22 jul. 2017.

POPP, Carlyle. A eficácia externa dos negócios jurídicos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Editora Atlas, 2011

PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça. **Processo 1610/07.0TMSNT.L1.S1.** 1ª Secção. Relator: António Joaquim Piçarra. Julgado em 18 dez. 2012. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5dd8e783f86f637380257aed004bb5e7>; Acesso em 23 nov. 2017.

RAMASASTRY, Anita. Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability. **Journal of Human Rights**, v. 14, n. 2, pp. 237-259, research paper n. 2015-39, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2705675>; Acesso em: 30 out. 2017.

RAMBERG, Cristina. Emotional non-conformity in the international sale of goods, particularly in relation to CSR-Policies and Codes of Conduct. In: SCHWENZER, Ingeborg; SPAGNOLO, Lisa. **Boundaries and Intersections**: 5th Annual MAA Schlechtriem CISG Conference. Haag, Germany: Eleven International Publishing, 2014.

RAMOS, André Luiz Arnt. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas: o estado da questão. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 53, n. 210, pp. 291-314, abr./jun., 2016.

RATNER, Steven R. Corporations and human rights: a theory of legal responsibility. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 111, n. 3, pp. 443-545, 2011.

REPARAÇÃO necessária. Fórum da ONU debate mecanismo de reparação a atingidos pelo rompimento da barragem do Fundão. **Conectas Direitos Humanos**, São Paulo, 05 dez. 2017. Disponível em: <http://www.conectas.org/noticias/reparacao-necessaria>; Acesso em: 28 jan. 2018.

ROYAL DUTCH SHELL PLC. Departamento de Ethics and Compliance. **Nosso Código de Conduta**. Netherlands/United Kingdom, nov. 2015. Disponível em: <http://coc.shell.com/pt_br/shared/code-of-conduct/_jcr_content/par/textimage_c0e4.stream/1454357582430/12b9e0b35d1811de94cdd21182f391e80e4caca5412f9485f905186e9901e269/code-of-conduct-portuguese-2016-coloured.pdf>; Acesso em: 04 nov. 2017.

RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios**: as corporações multinacionais e os direitos humanos. Tradução: Isabel Murray. São Paulo: Editora Planeta Sustentável, 2014.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e a liberdade: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

SANCHÍS, Luís Pietro. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid: Debate, 1990.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. **Revista Crítica da Ciências Sociais**, Coimbra, n. 48, jun. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. **A Constituição Concretizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Boletim Científico**: Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília, a. 4, n. 16, pp. 193-259, jul./set. 2005.

_____. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e o direito privado: alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2004.

SCHAEFER, Fernanda. Direitos Humanos e globalização econômica: compatibilidade de princípios? **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 1, pp. 76-96, ago./dez. 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2 ed.. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHWENZER, Ingeborg. Ethical standards in CISG contracts. **Uniform Law Review**, Oxford, v. 22, pp. 122-131, mar. 2017.

_____; FOUNTOULAKIS, Christiana; DIMSEY Mariel. **International sales law: a guide to the CISG**. Oxford: Hart, 2012.

_____; HACHEM, Pascal; KEE, Chistopher. **Global Sales and Contract Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SEN, Amartya. Elements of a theory of human rights. **Philosophy and Public Affairs**, v. 32, n. 4, pp. 315-356, 2004. Disponível em: <www.mit.edu/~shaslang/mprg/asenETHR.pdf>; Acesso em: 05 out. 2017.

SHESTACK, Jerome. Corporate Social Resposability in a Changing Corporate World. In: MULLERAT, Ramon. **Corporate Social Responsibility**: the corporate governance of the 21st century. Netherlands: Kluwer Law International, 2011.

SILVA, Ana Rachel Freitas da; PAMPLONA, Danielle, Anne. Os princípios orientadores das Nações Unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços? In: BENACCHIO, Marcelo (coord.); VAILATTI, Diogo Basílio; DOMINIQUINI Eliete Doretto (orgs.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. Curitiba: CRV, 2016.

SILVA, Clóvis Veríssimo de Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **A boa fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Luzia Gomes da. Estudo comparativo das teorias da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. **Portal do e-governo, inclusão digital e sociedade de conhecimento**, Florianópolis, 07 maio 2013. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/estudo-comparativo-das-teorias-da-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-no-%C3%A2mbito-das-rela%C3%A7%C3%B5es>; Acesso em: 25 jan. 2018.

SIRENA, Hugo Cremonez. **Do contrato ao contato**: um estudo sobre as relações contratuais de fato. 2013. 172p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas**: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2004.

STEINER, Renata C.. **Descumprimento contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

_____. **Resolução do Contrato e Reparação de Danos na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadoriais (CISG)**. Curitiba, 2014. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/downloads/concurso/RenataSteiner.pdf>; Acesso em: 28 nov. 2017.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7 ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUBCOMMITTEE ON MULTINATIONAL CORPORATIONS. **The International Telephone and Telegraph Company and Chile, 1970-7. Report to the committee**

on foreing relations United States Senate. Washington: U.S. Government Printing Office, 1973.

SUSTEIN, Cass. **The Cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Co., 1999.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil.** 2 ed.. São Paulo: Método, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos Humanos e relações jurídico privadas. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In:_____. **Temas de Direito Civil**. 3 ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORRES, Dennis José Almanza; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y la función social del contrato em el derecho brasileiro. **Revista de Derecho Privado**, n. 26, pp. 267-293, jan./jun. 2014.

THE COCA-COLA COMPANY. **Código de Conduta Comercial**. Atlanta, Georgia, abr. 2009. Disponível em: <http://www.coca-colacompany.com/content/dam/journey/us/en/private/fileassets/pdf/2012/11/COBC_Portuguese.pdf>; Acesso em 04 nov. 2017.

THE COCA-COLA COMPANY. **Política de Direitos Humanos da Coca-Cola Company**. Atlanta, Georgia, 2017. Disponível em: <http://www.coca-colacompany.com/content/dam/journey/us/en/private/fileassets/pdf/2014/11/human-rights-policy-pdf-portuguese-brazil.pdf>; Acesso em: 04 nov. 2017.

UNITED NATIONS. Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Tradução: Eduardo Grebler; Gisely Radael. **CISG-Brasil.net**, 2017. Disponível em: <>; Acesso em: 02 dez. 2017.

UNITED NATIONS. **Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises on its mission to Brazil**. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/096/43/PDF/G1609643.pdf?OpenElement>; Acesso em: 29 out. 2017.

UNITED NATIONS. **The UN "Protect, Respect and Remedy" Framework for Buisness and Human Rights**. 2010. Disponível em: <https://business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-protect-respect-remedy-framework.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

VANDENBERGH, Michael P. The New Wal-Mart Effect: the role of private contracting in global governance. **UCLA Law Review**, Los Angeles, v. 54, n. 4, pp. 913-970, abr. 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. v. 2.10 ed.. São Paulo: Atlas, 2010.

VISCASILLAS, Pilar Perales. International Distribution Contracts and CISG. In: SCHWENZER, Ingeborg; ATAMER, Yesim; BUTLER, Petra. **Current issues in the cisg and arbitration**: international commerce and arbitration. Portland: Eleven International Publishing, 2014.

VOICULESCU, Aurora. The other European framework for corporate social responsibility: from the Green Paper to new uses of human rights instruments. In: CAMPBELL, Tom; MCBARNET Doreen; VOICULESCU, Aurora. **The new corporate accountability**: Corporate Social Responsibility and the Law. New York: Cambridge Press, 2007.

WETZEL, Julia Ruth-Maria. **Human Rights in Transnational Business**: translating human rights obligations into compliance procedures. Luzern, Switzerland: Springer, 2015.

WILLIAMS, Joyce. Analysis of CISG article 35 – Conformity of the goods in the chaging power dynamics of corporate social responsibility. In: WILLIAMS, Joyce; RAMASWAMY, Muruga Perumal; RIBEIRO, João. **Trade Development Through Harmonization of Commercial Law.** Nova Zelândia: Comparative Law Journal of the Pacific, New Zealand Association of Comparative Law, 2015. Disponível em: <http://www.victoria.ac.nz/law/research/publications/about-nzacl/publications/special-issues/hors-serie-volume-xvi,-2013/Williams.pdf>; Acesso em: 18 fev. 2017.

Yahoo Business & Human Rights. Portal Web. Sunnyvale, California, 2018. Disponível em: http://yahoobhrp.tumblr.com; Acesso em: 04 nov. 2017.

YAHOO HOLDINGS, INC. **Yahoo's Coda Of Ethics**. Sunnyvale, California. Disponível em: <http://files.shareholder.com/downloads/YHOO/0x0x239565/4f32ddd0-82e5-47c2-ac71-75403ebbb404/CodeOfEthics_Ext_1008.pdf>; Acesso em: 04 nov. 2017.