IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

LITON LANES PILAU SOBRINHO

GINA VIDAL MARCILIO POMPEU

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

---

D597

Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Everton Das Neves Gonçalves; Gina Vidal Marcilio Pompeu; Liton Lanes Pilau Sobrinho – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-412-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Economia. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

Apresentação

Grupo de Trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável.

O IV Encontro Virtual do CONPEDI, realizado em novembro de 2021, alberga entre as diversas temáticas o difícil e instigante diálogo promovido pelo Grupo de Trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável. Os artigos, aqui apresentados, buscam conciliar crescimento econômico, desenvolvimento humano e a preservação e reparação ambiental. Nessa vertente, ao tempo em que casos, fatos, leis, doutrina, estatísticas e jurisprudências são expostas, os autores buscam o respectivo entendimento jurídico que perfaz a tese e a antítese das verdades, por vezes, insinceras do desenvolvimento sustentável.

Sob a coordenação dos Professores Everton Neves Gonçalves, (UFSC) Gina Marcilio Pompeu (UNIFOR) e Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI / PASSO FUNDO), foram defendidos 21 (vinte e um) artigos por seus autores. Diante da atualidade dos temas, o círculo de debates garantiu densidade acadêmica às discussões com a interação de professores, mestrandos e doutorandos de todas as regiões brasileiras. Pode-se afirmar que mais uma vez o CONPEDI cumpriu o seu mister de promover o diálogo entre os estudos, pesquisas e publicações da pós-graduação brasileira.

Ao tempo em que resta presente a sensação de resiliência e de dever cumprido, mesmo que por meio do encontro de maneira virtual, permanece o desejo de retornar às atividades presenciais e de compartilhar o brilho nos olhos daqueles que defendem a reta razão de agir, e a vontade de efetivar os fundamentos e objetivos constitucionais. Afinal repetindo com Martha Nussbaum, nós somos agentes de afetos e de produção. Os anos de 2020 e 2021 marcaram a memória daqueles que tiveram tantos enfrentamentos e superações.

Enquanto aguarda-se o CONPEDI Presencial 2022, o GT Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável oferece aos membros do CONPEDI, a produção científica da melhor estirpe. São 21 (vinte e um) artigos frutos da investigação diuturna de professores e de seus grupos de pesquisas. Para melhor interação entre as temáticas investigadas, a coordenação agrupou os artigos em 5 eixos temáticos: 1. Direito econômico e

sustentabilidade; 2. Direito econômico dos direitos humanos e da responsabilidade social; 3. Direito econômico do desenvolvimento; 4. Direito econômico da tributação; 5. Análise econômica do Direito. Seguem enumerados eixos, títulos, autores e resumos.

1. Direito econômico e sustentabilidade

MELHORIA REGULATÓRIA DO SETOR DE SANEAMENTO BÁSICO: A SUPERVISÃO REGULATÓRIA PELA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO, elaborado por Daniel Derenusson Kowarski. Por meio desse artigo analisa-se o marco legal do saneamento básico (Lei 14.026/2020) que inseriu a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) como entidade de governança regulatória nacional do saneamento básico, como forma de aprimorar o ambiente regulatório.

REFLEXÕES SOBRE A REGULAÇÃO AMBIENTAL À LUZ DO "ESG" defendido por Leonardo De Andrade Costa. A pesquisa examina alguns aspectos da regulação ambiental do Brasil, diante da realidade global do século XXI, onde o empoderamento dos consumidores impulsiona o engajamento do setor privado em práticas produtivas cada vez mais sustentáveis. Este cenário requer novo olhar sobre o modelo de desenvolvimento e de desenho regulatório.

DIREITO A CIDADES SUSTENTÁVEIS: A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO POR INTERMÉDIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E INTERVENÇÃO JUDICIAL ATIVA, apresentado por Claudinei da Silva Campos e, também, de autoria de Marcelo Freire Goncalves. Propõe discutir o conceito legal do direito a cidades sustentáveis e os impactos dessa definição na melhoria da qualidade de vida nas cidades, através do conceito de sustentabilidade. Através do exame de algumas políticas públicas e decisões judiciais relacionadas à tutela do direito em questão, o artigo pretende evidenciar como essas ações têm sido fundamentais para efetivar, de forma concreta, o direito a cidades sustentáveis.

2. Direito econômico dos direitos humanos e da responsabilidade social

A LEX MERCATORIA E SUA NOVA CONFIGURAÇÃO: UMA DISTINÇÃO QUE AFRONTA OS DIREITOS HUMANOS, defendido pelos autores, Tatiana de Almeida Campos e Marcelo Benacchio. A pesquisa pretende constatar como a nova lex mercatoria vem se tornando o "direito" utilizado por empresas transnacionais para dominarem o mercado, colocando em xeque a soberania nacional dos Estados e os Direitos Humanos.

Infere-se que houve uma mudança significativa em sua aplicação, vez que, no medievo, era utilizada principalmente por falta de normatização, ao passo que hodiernamente é utilizada para burlar legislações estatais, com o fim de obter contratações mais lucrativas.

BREVE ANÁLISE CRÍTICA SOBRE OS FATORES ESG E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS HUMANOS, apresentado por Enderson Danilo Santos de Vasconcelos. Objetiva compreender os fatores ESG e sua correspondência com os direitos humanos, verificando a possibilidade da aplicação destes nas relações entre as sociedades empresariais e os stakeholders e se a adoção destes fatores resultaria na desalocação de valores e princípios relacionados aos direitos humanos, aplicando-se verniz exclusivamente econômico.

O CAPITALISMO HUMANISTA COMO PARADIGMA PARA A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COM VISTAS À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E PLENO DESENVOLVIMENTO, defendido por Ricardo Hasson Sayeg, Maria Carolina Negrini, e Joao Negrini Filho. Apresenta a hipótese do Capitalismo Humanista como paradigma hermenêutico constitucional. Discute a construção do Estado brasileiro da fraternidade a partir da aplicação da teoria da análise econômica do direito. A satisfação do mínimo vital, como imperativo da dignidade da pessoa humana, em uma perspectiva de economia de mercado. A concretização dos direitos humanos no capitalismo.

OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O DECRETO N. 9.751/2018 A PARTIR DA PERSPECTIVA DO DIREITO EMPRESARIAL E DO DIREITO ADMINISTRATIVO COMO MEIO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS, trabalhado pelos autores Renata Mota Maciel e Ciro Carvalho Miranda. O trabalho apresenta a evolução do direito empresarial e demonstra a superação da perspectiva puramente privatista deste ramo do direito, ao mesmo tempo em que se pode verificar o afastamento do Direito Administrativo da centralização pura do poder do Estado.

ENTRE O LUCRO E A RESPONSABILIDADE SOCIAL DE UMA EMPRESA: BALANÇA A SER EQUILIBRADA PELO ESTADO? Discutido por Silaine Karine Vendramin e Maria Stela Campos da Silva. O artigo visa saber de que maneira o sistema de incentivos fiscais pode ser utilizado para fomentar práticas relacionadas à responsabilidade social empresarial. Neste sentido, foram analisados o papel interventor estatal e a função social das empresas. Depois, refletiu-se sobre o Estado empreendedor do desenvolvimento e formas eficientes de exoneração tributária para esta finalidade.

POLÍTICAS PÚBLICAS ECONÔMICAS E TRIBUTÁRIAS COMO INSTRUMENTOS DA RACIONALIDADE ARGUMENTATIVA APLICADA ÀS EMPRESAS

SOCIOAMBIENTALMENTE RESPONSÁVEIS NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO, elaborado por Thábata Biazzuz Veronese. O presente artigo destaca, dentro da contextualização da sociedade de informação, o uso das novas tecnologias nas redes para a disseminação de informações inverídicas acerca da responsabilização socioambiental das empresas. Entre crescimento econômico e desenvolvimento socioeconômico percebe-se uma distância encurtada por discursos falaciosos. A teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas pode ser utilizada como intermediadora dos instrumentos normativos e comportamentos empresariais para se tentar estabelecer uma simetria do discurso e, consequentemente, o equilíbrio entre liberdade de expressão, acesso à informação e imperatividade do Direito.

RELAÇÕES ECONÔMICAS E RELAÇÕES DE TRABALHO NO MUNDO DO AGRONEGÓCIO, defendido por Rosângela de Paiva Leão Cabrera e Nivaldo Dos Santos. O objetivo desse artigo consiste em analisar a influência do setor agronegócio brasileiro nas relações econômicas e de trabalho. São verificados os resultados do PIB, o rendimento mensal habitual e o número de pessoas ocupadas por segmento com a análise dos dados do CEPEA, relativos ao ramo agrícola e à pecuária no período entre 2016 e o primeiro semestre de 2021. Os resultados revelaram que o setor ampliou sua participação no PIB do Brasil para 26,6% em 2020, e detectou que o rendimento médio dos empregados foi menor em relação aos demais setores da economia.

SINCRONICIDADE ENTRE OS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E VALORIZAÇÃO DO TRABALHO PELAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS, por Marcelo Freire Goncalves e Celso Ricardo Peel Furtado de Oliveira, defende a sincronicidade entre os princípios da valorização do trabalho e da livre iniciativa como elemento fundamental a ser observado pelas empresas transnacionais para que possam ser reconhecidas como eficientes e cumprir as regras do Pacto Global das Nações e seus Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, para implantação de um capitalismo humanista.

A NOVA LEI QUE TRATA O SUPERENDIVIDAMENTO PASSIVO DAS PESSOAS NATURAIS: NOVO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE, escrito por Lorena Raggiotto Rocha e Andryelle Vanessa Camilo Pomin, trata sobre o fenômeno do superendividamento que provoca diversos prejuízos na economia e na vida pessoal dos devedores, potencializando ainda mais a crise financeira e afastando o exercício da dignidade. A Lei n° 14.181/2021 versa sobre normativas de prevenção, assim como sobre procedimentos de solução aptos a promover o tratamento do superendividamento. A principal estratégia aduz na possibilidade compulsória de repactuação das dívidas pautada na dignidade humana.

A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA E O ACESSO À VACINA CONTRA O COVID-19, elaborado por Renata Mota Maciel, Daniel Jacomelli Hudler e Mikaele dos Santos, aponta para o questionamento sobre o Estado como única instituição detentora de poder no cenário global. A construção do Estado moderno baseia-se no conceito de soberania, relativizado pelas relações econômicas e internacionalização dos Direitos Humanos. Propõe-se reflexão a partir da situação concreta do acesso à vacina promovida pelo comércio internacional. Objetiva verificar a importância do uso do poder estatal na defesa de direitos frente à relativização da soberania econômica.

3. Direito econômico do desenvolvimento.

DA POBREZA MENSTRUAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DE AMARTYA SEN elaborado por Natália Rosa Mozzatto e Josiane Petry Faria. A pobreza menstrual se relaciona a falta de acesso a recursos para aquisição de produtos de higiene, necessários ao período da menstruação, afetando 12,5% das meninas e mulheres do mundo. Objetiva-se, no método dedutivo, tratar da vulnerabilidade socioeconômica transversalizada pelo gênero, já que a falta de acesso a recursos durante o período menstrual também se relaciona a tabus culturais e sociais. Assim, busca-se relacionar o fenômeno da pobreza menstrual ao conceito da condição de agente das mulheres, trabalhado pelo economista Amartya Sen, a fim de se promover o desenvolvimento, a liberdade e o bem-estar das mulheres que enfrentam tais vulnerabilidades.

DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL, trabalhado por Adriane Bandeira Pereira, Augusto Martinez Perez Filho e Ricardo Augusto Bonotto Barboza. O estudo conjunto das Ciências Jurídicas e Econômicas é essencial para o entendimento das desigualdades sociais nos países periféricos. Questiona-se quais são os mecanismos que levaram esses países, sobretudo o Brasil, à altíssima desigualdade social. Buscou-se examinar os efeitos do neocapitalismo sobre direitos sociais, em contrapartida ao direito ao desenvolvimento, entendido em última análise como direito ao bem-estar social.

ECONOMIA CRIATIVA, CULTURA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, desenvolvido por Lidiana Costa de Sousa Trovão e Renato De Souza Nunes. A pesquisa aborda a economia criativa, cultura em diversos aspectos e que promove o desenvolvimento. O estudo se justifica face às necessárias mudanças sociais que podem ser impactadas por contextos culturais, sendo a economia criativa um meio capaz de modificar cenários e alcançar o desenvolvimento em diversas esferas. Objetiva demonstrar que é possível desenvolver-se sustentavelmente nas atividades realizadas pela economia criativa

GLOBALIZAÇÃO E A CRISE NA SOBERANIA ESTATAL, de autoria de Savio Luiz De Mesquita Souza. Para o autor, a Globalização é um fenômeno complexo e de caráter cosmopolita, que através dos avanços tecnológicos intensifica com rapidez o aprofundamento da inter-relação econômica, política, social e cultural entre as nações, propiciando uma mútua cooperação para o bem de todos, sempre preservando a independência e autonomia dentro da soberania de cada Estado.

4. Direito econômico da tributação

IMPOSTO GLOBAL SOBRE AUTOMAÇÃO (GLOBAL ROBOT TAX): UMA OPÇÃO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, por Marcelo Benacchio, Daniel Jacomelli Hudler e Suelen Bianca De Oliveira Sales. Economia digital reinstaura debate da implementação de imposto sobre a automação e do sistema tributário global que afeta empresas transnacionais para fins de desenvolvimento sustentável. Utiliza-se do método indutivo. Hipóteses: 1 – automação destrói empregos e ameaça mercado de trabalho; 2 – possibilidade de tributação sobre automação para além do âmbito nacional. Conclui-se: 1 – automação possui força destrutiva e também construtiva para criação de empregos; 2 – imposto sobre automação deverá considerar implicações econômicas locais e em âmbito global; 3 – proposta de sistema tributário global pela OCDE reforça possibilidade de imposto global sobre automação.

ASPECTOS TRIBUTÁRIOS NO ÂMBITO DAS FAZENDAS VERTICAIS BRASILEIRAS, de autoria de Caroline Cerutti e Emerson Santiago Pereira. As fazendas verticais decorrem de inovação no setor agrícola, são estruturas prediais em meio aos centros urbanos, que cultivam alimentos de forma controlada. O objetivo do presente artigo é analisar os aspectos tributários no âmbito das fazendas verticais. O tema ocorre em razão do enquadramento da atividade agrícola, exercida de forma tecnológica e situada em centros urbanos, gerando discussões acerca do correto enquadramento tributário e viabilidade de incentivo fiscal.

5. Análise econômica do Direito.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: AS POSIÇÕES ECONÔMICAS DO BRASIL AO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DE COVID-19, FALHAS DE MERCADO E CUSTOS DE TRANSAÇÃO, autoria de Eduardo Horita Alonso e Amaly Pinha Alonso. Analisa as condutas e posições econômicas das políticas públicas do Estado brasileiro frente a Pandemia Mundial de COVID-19, partindo da base teórica da Análise Econômica do Direito como norteador dos objetos abordados, possibilitando o enfrentamento problemática

e das hipóteses propostas. A pesquisa se dará pela análise das teorias e fundamento histórico do tema, utilizando-se do método hipotético dedutivo. A conclusão abarca a ponderação entre as bases econômicas do Estado e as ações positivas tomadas durante a pandemia, com a ponderação entre as falhas de mercado e os custos de transação.

PANORAMA SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL, apresentado por Gabriela Borges Silva. Tem por objetivo traçar um panorama da escola de pensamento denominada “Análise Econômica do Direito” e sua expansão no Brasil. Para analisar as premissas da Análise Econômica do Direito, e abordar os principais aspectos para compreensão do surgimento do movimento, de sua conceituação, seus pressupostos teóricos, assim como as críticas que evidenciam suas limitações teóricas.

Nessa dinâmica de construções acadêmicas, deseja-se boa leitura e que a razoabilidade da vida e a racionalidade humana permitam superar as agruras da Pandemia e conduzam à alegria do próximo reencontro.

Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Florianópolis, SC, 09 de novembro de 2021

BREVE ANÁLISE CRÍTICA SOBRE OS FATORES ESG E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS HUMANOS

SHORT CRITICAL ANALYSIS ABOUT ESG FACTORS AND THEIR RELATION TO HUMAN RIGHTS

Enderson Danilo Santos de Vasconcelos [1]

Resumo

O presente trabalho objetiva compreender os fatores ESG e sua correspondência com os direitos humanos, verificando a possibilidade da aplicação destes nas relações entre as sociedades empresariais e os stakeholders e se a adoção destes fatores resultaria na desalocação de valores e princípios relacionados aos direitos humanos, aplicando-se verniz exclusivamente econômico. A pesquisa bibliográfica e o método indutivo, permitiram obter como resultado a possibilidade da desconstituição dos fatores ESG e sua substituição pela devida diligência em direitos humanos. Esta medida contribuiu à reflexão crítica, realinhando a compreensão do problema da violação dos direitos humanos, afastando-se do viés exclusivamente econômico.

Palavras-chave: Fatores esg, Direitos humanos, Desalocação, Desconstituição, Devida diligência

Abstract/Resumen/Résumé

This work objective to understand the ESG and their correspondence with human rights, verifying the possibility of applying them in the relations between business and stakeholders, if the adoption of these factors result in the displacement of values and principles related to human rights, applying exclusively economical bias. The bibliographical research and the inductive method, allowed to obtain as a result the possibility of deconstituting the ESG factors and their replacement by due diligence in human rights. This conclusion contributed to critical reflection, realigning the understanding of the problem of human rights violations, moving away from an exclusively economic bias.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Esg factors, Human rights, Displacement, Disconstitution, Due diligence

[1] Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE)

1. Introdução

As alterações ocorridas no último século, marcadas pelo imediatismo e velocidade da pós-modernidade, resultaram em um novo arranjo econômico-social do qual emergem questionamentos sobre a atuação do mercado e das sociedades empresariais. Em resposta, surgem movimentos que pretendem definir ou impulsionar comportamentos socialmente responsáveis dos atores do mercado.

Dentre diversos documentos internacionais, destaca-se o Pacto Global das Nações Unidas, o qual resultou, dentre outras iniciativas, na construção dos fatores ESG, relacionados a aspectos ambientais, sociais e de governança, cuja utilização é orientada, primacialmente, para a análise de riscos das atividades empresariais e rentabilidade de investimentos a longo prazo.

Contudo, a análise dos fatores ESG revela que estes correspondem a direitos humanos e direitos fundamentais, notadamente de terceira geração (BONAVIDES, 2004; PEREZ LUÑO, 2021 SARLET, 2016; TAVARES, 2019; TUSHNET, 2016;), relacionados à solidariedade e fraternidade.

Utilizando-se do método indutivo e da pesquisa bibliográfica, observou-se que os direitos fundamentais, bem como os direitos humanos, poderiam ser aplicados nas relações entre particulares, podendo o Estado exigir seu cumprimento. Isso implica dizer que devem necessariamente serem observados pelas sociedades empresariais, diante da eficácia horizontal destes direitos (CANARIS, 2016). Ademais, a própria natureza destes, diante da previsão contida no art. 5º, §2º, da Constituição Federal, autoriza a observância dos direitos humanos, objeto de convenções e tratados internacionais, no ordenamento jurídico interno (PIOVESAN, 2021).

Diante a correspondência entre os fatores ESG e os direitos humanos, considerando a densidade normativa destes e a necessidade de sua observância, indagou-se sobre eventual risco de captura destes direitos pelo mercado (SANDEL, 2012), desalocando valores e princípios, compreendendo o descumprimento dos direitos humanos pelas sociedades empresariais apenas pelo viés econômico.

Assim, o presente trabalho justifica-se pela existência de um movimento mundial de responsabilidade empresarial cuja chave interpretativa aparenta ser apenas a econômica, sendo preciso construir uma reflexão crítica para evitar que haja a captura de valores sociais, princípios fundamentais e direitos humanos pelo mercado. Justifica-se, ainda, pela necessidade de se identificar alternativas capazes de permitir que a atividade

empresarial atue com a devida diligência no respeito aos direitos humanos, sem que o intuito de lucro seja o único objetivo.

O presente trabalho tem como objetivo analisar o conteúdo dos fatores ESG, notadamente em que aspectos correspondem aos direitos humanos reconhecidos internacionalmente. Pretende, ainda, identificar a possibilidade de aplicação dos direitos humanos (e fundamentais) na atividade empresarial, como forma de conformação destas atividades. Com isso, busca verificar se a adoção dos fatores ESG, em substituição aos direitos humanos correspondentes, poderia resultar na compreensão das violações de direitos humanos apenas a partir de um viés econômico. Por fim, objetiva encontrar alternativa para estimular o comportamento socialmente responsável das sociedades empresariais perante os direitos humanos.

2. Pacto Global e ESG

No último século ocorreram mudanças significativas na forma de organização da sociedade, na produção de bens de consumo e nas repercussões do modelo econômico-social próprio da pós-modernidade. As trocas realizadas entre os atores envolvidos nas relações comerciais tornaram-se instantâneas, os impactos produzidos têm se aprofundado, produzindo influxos em aspectos relacionados ao meio ambiente, à sociedade e à ética.

Este modelo econômico-social, leva alguns autores a refletir se a hipótese implica em uma hipertrofia do mercado a qual atrofia o Estado. Michael J. Sandel (2012, p.16) aponta que "uma sociedade de mercado é um modo de vida em que os valores de mercado permeiam cada aspecto da atividade humana. É um lugar em que as relações sociais são reformatadas à imagem do mercado". O desenvolvimento deste modelo caminha para a internalização social de uma economia de mercado (SANDEL, 2012).

A penetração, cada vez mais profunda, da esfera econômica na sociedade, e com todas as consequências decorrentes deste fenômeno, desperta preocupação, produzindo um movimento mundial pela busca de um comportamento responsável das sociedades empresariais.

Um destes fenômenos relevantes para a presente análise é o Pacto Global das Nações Unidas. O Pacto foi lançado pelo secretário-geral das Nações Unidas, em 2000, incitando as empresas a alinharem suas estratégias e operações a 10 princípios universais nas áreas de direitos humanos, trabalho, meio ambiente e anticorrupção, desenvolvendo

ações capazes de contribuir para o enfrentamento deste desafio. Trata-se da iniciativa de sustentabilidade corporativa, embora não seja um instrumento regulatório ou um código de conduta, mas diretrizes para a promoção do crescimento sustentável e da cidadania, cuja adesão é voluntária.

A iniciativa advoga a defesa de 10 princípios considerados universais, extraídos de documentos internacionais como a Declaração Universal de Direitos Humanos, da Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. Os princípios cuidam de aspectos relacionados a anticorrupção, maio ambiente, trabalho e Direitos Humanos. Destacam-se os princípios 01 e 02 (PACTO GLOBAL, 2018), com a seguinte redação: "as empresas devem apoiar e respeitar a proteção de direitos humanos reconhecidos internacionalmente" e "assegurar-se de sua não participação em violações destes direitos".

Os integrantes do Pacto Global assumem ainda a responsabilidade de contribuir para o alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável aprovados pela ONU em 2013, nominados como Agenda 2030. Os objetivos relacionam-se a aspectos como meio ambiente, segurança alimentar, redução das desigualdades, trabalho, consumo responsável, educação, paz justiça e instituições eficazes.

O Pacto Global também é responsável pela promoção da iniciativa ESG (environmental, social and governance). O termo foi apresentado em uma publicação conjunta do Pacto Global e do Banco Mundial (Who Cares Win, 2005). A conferência foi orientada a países e investidores, embora tenha considerado todos os *stakeholders*. A importância dos fatores ESG foi apresentada por Richard West na referida conferência, apontando como pontos principais aspectos relacionados a consumo de energia sustentável, abastecimento de água, saúde (responsabilização decorrente de indústrias como de amianto e tabaco), mudanças climáticas e custos de seguro e litígio, risco de reputação quanto a emprego de trabalho infantil, poluição. Por fim, apontou como característica a possibilidade de recompensa alinhada a criação de valor para o acionista.

Importa destacar, ainda, que na referida conferência concluiu-se que os fatores ESG se referem a investimentos de longo prazo, o que implica na necessidade de alteração da mentalidade dos investidores tradicionais, orientados para curto prazo. Este ponto foi destacado pelo relatório (2005) como um dos maiores desafios em uma pós-modernidade marcada pelo imediatismo.

Atualmente é possível dizer que o ESG obteve grande visibilidade do mercado financeiro na análise de risco para tomada das decisões de investimentos. Este movimento, impulsionado pelo mercado de investimentos, provoca as sociedades empresariais, notadamente àquelas sujeitas ao aporte de capitais do mercado, a buscarem a adequação aos fatores ESG.

Os fatores ESG parecem orientar a alteração entre *shareholder* e *stakeholder*, o que poderia representar uma superação da máxima de Milton Friedman da Escola de Chicago. É a mudança de um capitalismo de hostilidade para um capitalismo orientado a todos os interessados e impactados por suas escolhas, e não mais com o acionista como único destinatário (FREEMAN, 1984; FRIEDMAN, 1962).

O que se vislumbra, ao menos perfunctoriamente, é que há uma crescente preocupação com os fatores ESG, orientando-se, contudo, pelo viés do lucro. Os fatores ingressaram, ainda que indiretamente, no cálculo dos riscos e vantagens para o investidor a longo prazo. Os riscos ESG podem se materializar como custo financeiro, quanto menor o risco, maior a propensão a geração de valor para os investidores a longo prazo.

Segundo se extrai do Pacto Global atuar de acordo com padrões ESG amplia a competitividade do setor empresarial, seja no mercado interno ou no exterior. No mundo atual, no qual as empresas são acompanhadas de perto pelos seus diversos stakeholders, ESG é a indicação de solidez, custos mais baixos, melhor reputação e maior resiliência em meio às incertezas e vulnerabilidades.

Os fatores ESG encontram-se orientados aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Além disso, verifica-se ligeira congruência ou aproximação com outros fatores, como Responsabilidade Social Corporativa (RSC), Responsabilidade Social da Empresa (SER), Conduta Empresarial Responsável (CER), os quais são encontrados em diversas publicações, inclusive editadas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - CDE (2018).

Há uma tentativa de transcender o lucro isoladamente considerado, embora este ainda seja o primeiro fator de mensuração observado. Esta transcendência orienta-se, ainda, para a construção de uma função social além do lucro, pautada pelo cumprimento dos objetivos constitucionais previstos no art. 3º, I, da Constituição Federal, ou seja, para construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Os fatores ESG manifestam-se através das esferas ambiental, social e de governança. Destaca-se no fator ambiental a preocupação com questões relacionadas ao aquecimento global e emissão de carbono, poluição do ar e da água, biodiversidade,

desmatamento, eficiência energética, gestão de resíduos, entre outros aspectos ambientais. No fator social é possível apontar ações relacionadas à satisfação dos clientes, proteção de dados e privacidade, diversidade, relacionamento comunitário e respeito aos direitos humanos e às leis trabalhistas. Quanto ao fator governança, destacam-se práticas relacionadas a *compliance*, corrupção, transparência, relação com entidades governamentais e políticos, prevenção do abuso do poder financeiro e defesa do consumidor.

Como se observa, os fatores ESG relacionam-se, em muitos aspectos, a direitos fundamentais e direitos humanos previstos em documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário. Todos os fatores ambientais e, em certa medida, os fatores relacionados ao padrão social, encontram nos direitos humanos caixa de ressonância.

3. **ESG e direitos humanos**

Para confirmação de que os fatores ESG reproduzem direitos humanos reconhecidos, é imperioso aprofundar a análise, desenvolvendo o tema, permitindo identificar essa correspondência.

A princípio, convém distinguir o conceito de direitos fundamentais e direitos humanos, observando-se, contudo, que a proximidade conceitual não altera as conclusões do presente trabalho.

Sobre o tema, Paulo Bonavides (2004) leciona que os termos direitos fundamentais e direitos humanos devem ser utilizados de forma distinta. Quanto aos primeiros, o autor aponta que são aqueles que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança, ou são imutáveis ou de mudança dificultada, cuja alteração requer emenda à Constituição. Destaca o autor que esta concepção é construída a partir da ótica formal. Do ponto de vista material destaca que conforme a ideologia, cada Estado indicará quais são os direitos fundamentais, embora aponte a universalidade dos direitos à liberdade e à dignidade humana. Isso implica dizer que, sobretudo a partir do aspecto material, é possível concluir que a categoria direitos humanos é mais ampla, capaz de alcançar os direitos fundamentais, podendo, contudo, não abarcar a totalidade destes.

Os Direitos Humanos envolvem uma concepção mais ampla, não limitada a Carta Constitucional. Abrange os direitos vigentes e incorporados ao ordenamento jurídico interno através de documentos internacionais, bem como aqueles ainda não incorporados,

mas amplamente reconhecidos. Os direitos humanos, contudo, podem carecer de ferramentas suficientes para sua implementação.

Defende-se na Doutrina a existência de dimensões de direitos humanos, os quais surgem conforme as necessidades das épocas vigentes, sem, contudo, sobrepor ou rejeitar os anteriores, implicando na consolidação de um conjunto de direitos, confirmando a inexistência de um rol eterno e imutável, mas um aperfeiçoamento permanente e incessante (TAVARES, 2019).

André Ramos Tavares (2019) registra que a utilização do termo gerações é equívoca, porquanto remeta a substituição de uma pela outra, sucessivamente, o que não se verifica. Portanto, o termo dimensão merece preferência, haja vista permitir a compreensão de que há um acoplamento sem substituições. Além disso, o termo admite a compreensão de que os direitos nem sempre se amoldarão a apenas uma das dimensões, não sendo possível, portanto, estabelecer uma zona limítrofe e precisa entre as categorias de direitos humanos.

Paulo Bonavides (2004) prefere utilizar o termo geração. Além disso, correlaciona as gerações de direitos humanos ao lema da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Recorda o autor que Karel Vasak, quando de sua aula inaugural no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo em 1979, realizou a correlação entre o lema da revolução francesa e as gerações de direitos humanos.

O festejado autor paraibano destaca que os direitos de primeira geração (dimensão) têm como titular o indivíduo, são oponíveis contra o Estado, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa, marcados por uma subjetividade.

A partir da lição de Mark Tushnet (2016), é possível concluir que historicamente, os direitos de primeira geração surgem à medida em que há uma disrupção do sistema feudal, havendo um novo arranjo econômico e o surgimento de novas relações sociais. No século XIX, notadamente diante de mobilização política, a classe trabalhadora na Europa passa a reivindicar novos direitos, normalmente correlacionados aos direitos socioeconômicos e que promovam algum grau de bem-estar material além do fornecido por meio dos mecanismos habituais de distribuição de riquezas e bens pelo mercado. O autor ainda aponta que estes direitos eram protegidos pelos direitos de primeira geração (liberdade e propriedade) (TUSHNET, 2016).

Para Paulo Bonavides (2004), os direitos de segunda geração são direitos sociais, culturais e econômicos, assim como direitos coletivos ou de coletividades, fruto de uma reflexão antiliberal, nascidos abraçados ao princípio da igualdade. O autor ainda registra

que estes direitos vivenciaram um ciclo de baixa normatividade ou de eficácia duvidosa, diante de sua natureza prestacional em detrimento do Estado, remetidos posteriormente a chamada esfera programática. Aponta que o momento atual indica a superação da aplicabilidade mediata para alcançar *status* de aplicabilidade e eficácia semelhante aos direitos de primeira geração. Conclui a análise apontando que os direitos de segunda geração revelam uma dimensão objetiva de garantia contra os arbítrios do Estado (BONAVIDES, 2004).

Ingo Sarlet (2016, p. 504) esclarece que "a nota distintiva desses direitos da terceira dimensão reside (...) basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável". O autor ainda aponta, embora não haja consenso na doutrina, que estes direitos se correlacionam aos direitos de solidariedade ou fraternidade, tendentes a universalização ou, pelo menos, a transindividualidade, exigindo esforços e responsabilidades em escala muitas vezes mundial para sua efetivação. Os direitos relacionados ao meio ambiente confirma o argumento.

Tushnet (2016) aponta que estes direitos possuem menor definição, sendo incorporados contemporaneamente aos ordenamentos jurídicos. Estão associados à mobilização política de grupos sociais, incluindo direitos relacionados à linguagem, direitos culturais, direitos ao meio ambiente, minorais (nacionais, populações colonizadas, raciais). Trata-se de direitos relacionados, em alguma medida, a aspectos de solidariedade e fraternidade.

Bonavides (2004, 509), por seu turno, aponta que os direitos humanos (fundamentais) de terceira geração são dotados de "altíssimo teor de humanismo e universalidade", orientados para uma existencialidade concreta, destinado ao gênero humano como afirmação de um valor supremo. São direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade, ressalta, contudo, que o rol se encontra em expansão.

Para Perez Luño (2021, p. 570), os direitos e liberdades de terceira geração funcionam como uma resposta ao fenômeno denominado "poluição das liberdades", o qual decorreria de uma "erosão e degradação que afligem os direitos fundamentais diante de determinados usos das novas tecnologias". A terceira geração destes direitos, segundo o autor, circunda temas como o direito à paz, os direitos dos consumidores, o direito à qualidade de vida ou à liberdade informática.

Alguns autores ainda defendem a existência de outras dimensões (gerações) de direitos humanos. Paulo Bonavides (2004) aponta a existência de uma quarta geração de

direitos, os quais são marcados pela globalização política, como o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Há autores que defendem a existência de uma quinta dimensão, a qual comportaria os direitos vinculados aos desafios da sociedade tecnológica e da informação, do ciberespaço, da Internet e da realidade virtual em geral (OLIVEIRA JÚNIOR, 2000; WOLKMER, 2003). Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva (2011) ainda defendem a existência de uma sexta dimensão, representada pelo direito humano e fundamental de acesso à água potável.

Destaco que a ideia de geração não implica, inexoravelmente, na substituição sucessiva dos direitos. Peres Luño (2021) e Tushnet (2016) utilizam o termo sem maiores dificuldades. Contudo, porquanto seja possível o surgimento de novos direitos que melhor se identifiquem a estágios anteriores, como correlacionados a liberdade e igualdade, o termo dimensão permitiria melhor conformação. Ademais, ao utilizar o termo dimensão pode-se concluir que se trata apenas de uma face de um único objeto observado, o que reclamaria harmonia entre as demais dimensões. Por fim, as demais dimensões, quarta, quinta e sexta, parecem naturalmente adequar-se a terceira dimensão, correlacionada ao direito à fraternidade e a solidariedade, razão pela qual prefere-se adotar a existência de apenas três dimensões.

Importante consignar a opinião apresentada por Tushnet (2016), o qual aponta que os direitos de primeira e terceira geração são direitos contra o Estado, ou especificamente contra grupos de pessoas organizadas na sociedade política. Em contraste, os direitos de segunda geração são direitos contra “o mercado” e, em particular, contra os resultados da “mão invisível”, não atribuíveis a qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos, exceto quando estas manifestações encontram definição na lei (TUSHNET, 2016, p. 481).

Estabelecidas estas premissas, é possível confirmar que os padrões ESG estão, em certa medida, em completa congruência com os direitos humanos e, sobretudo, com os direitos de terceira dimensão e eventualmente com os direitos de segunda dimensão, sobretudo no seu aspecto econômico.

Como apontado, os padrões ambientais (environmental) estão em flagrante consonância com o direito ao meio ambiente, de modo que todas as demandas relacionadas a aquecimento global, emissão de carbono, poluição, biodiversidade, gestão de resíduos, já estão inseridas neste espectro, recebendo proteção legal pelo ordenamento jurídico interno ou por documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Igual raciocínio aplica-se as questões relacionadas ao fator social. A proteção aos direitos do consumidor e a proteção de dados[1], inserem-se nos direitos humanos de terceira geração. Aspectos relacionados a diversidade e relacionamento comunitário também se amoldam aos conceitos apresentados por Mark Tushnet (2016). Quanto ao respeito à legislação trabalhista e aos direitos humanos, verifica-se verdadeiro truísmo.

Em relação ao fator governança, se verifica em menor medida a correspondência a aspectos relativos aos direitos humanos, contudo, ainda está presente em aspectos relacionados à defesa do consumidor e à prevenção ao abuso do poder financeiro[2]. As práticas relacionadas a *compliance*, corrupção, transparência, relação com entidades governamentais e políticos, no limite, poderiam ser admitidas como direitos humanos de terceira geração, todavia, não é necessário avançar neste ponto, haja vista que já se demonstrou que os fatores ESG em quase sua totalidade são reproduções de direitos humanos consagrados e estabelecidos.

Realizada esta correlação, passo a analisar aspectos relacionados à aplicação destes direitos nas relações entre os particulares e na possível eficácia horizontal destes direitos.

4. **Da sujeição às normas que consagram direitos humanos (fundamentais)**

Uma vez estabelecida a correlação, verificando-se que em grande medida os fatore ESG correspondem diretamente a direitos humanos ou fundamentais, importa observar que estes direitos são aplicáveis as relações privadas, o que implica dizer que devem ser observados por todos.

Como adverte Canaris (2016), há uma sugestão de impossibilidade intelectual a pretensão de querer controlar normas de direitos fundamentais (humanos) através da

---

[1] Antonio Enrique Pérez Luño pontua que a terceira geração de direitos humanos circunda temas como o direito à paz, os direitos dos consumidores, o direito à qualidade de vida ou à liberdade informática (Direitos Humanos, Estado de Direito e Constituição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2021, p. 570).

[2] Paulo Bonavides destaca como direito de terceira geração o direito ao desenvolvimento, apontando que este relaciona-se a um processo em que, além de outras manifestações, os Estados (e acrescento todos os agentes econômicos capazes de provocar alterações na sociedade), devem agir de forma coordenada e sistêmica para o exercício de uma política econômica. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15 ed. Malheiros 2004, p. 569; Mark Tushnet aponta, como ficou registrado, que os direitos de segunda geração são direitos contra "o mercado" e, em particular, contra os resultados da "mão invisível", não atribuíveis a qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos (TUSHNET, Mark. Notes on Some Aspects of Taxonomy of Generation of Rights in Revista de Estudos Institucionais. Vol. 2. 2, 2016, p. 481.)

utilização de normas de direito privado (ou autorregulação), é imprescindível situar as normas dentro de uma hierarquia cujo vértice necessariamente é a Constituição Federal. Portanto, pode-se caminhar para a compreensão de que os fatores ESG, na medida em que correspondem aos direitos humanos, podem ser de pouca utilidade, ou ainda, podem estar pretendendo regular, em certa medida, uma matéria previamente incorporada no ordenamento jurídico.

Os direitos humanos encontram-se incorporados no ordenamento jurídico interno sobretudo através das disposições constitucionais contidas no art. 5º, §§ 2ºe 3º. A Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, §3º, dispõe que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". Além disso, a Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º, §2º, que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". De forma explícita, a Constituição aponta que os direitos não se esgotam na Carta, apontando para a existência de um catálogo de outros direitos que precisam ser observados.

Flávia Piovesan (2021) dirá que ao efetuar a incorporação de outros direitos através do citado §2º do art. 5º, a Constituição atribui uma natureza especial e diferenciada a estes direitos, possuindo verdadeiro *status* de norma constitucional. Justifica seu argumento, apontando que a conclusão pode ser obtida a partir de uma interpretação sistemática e teleológica, sobretudo pela "força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetro axiológico a orientar a compreensão do fenômeno constitucional" (PIOVESAN, 2021, p. 134).

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p.18)

> as Constituições. Embora continuam a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentrados numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas (´estratégias internacionais´, ´pressões concertadas´) e de normas oriundas de outros ´centros´ transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermediárias (´associações internacionais´, ´programas internacionais´). A globalização internacional dos problemas (´direitos humanos´, ´proteção de recursos´, ´ambiente) aí está a demonstrar que, se a ´Constituição Jurídica do centro estadual´ territorialmente delimitado, continua a ser uma carta de identidade política e cultural e uma mediação normativa necessária de estruturas básicas de justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela se deve articular com outros direitos, mais ou menos vinculantes e preceptivos (*hard law)* ou mais ou menos flexíveis (*soft law),*

> progressivamente forjados por novas 'unidades políticas' ('cidade mundo', 'europa comunitária', 'casa europeia', 'unidade africana').

A partir deste ponto de vista, ainda na lição do mestre português, não seria possível falar em redução do programa normativo-constitucional apenas ao que se encontra expresso no texto, haveria uma densificação em profundidade, conjugando diversas normas e princípios, acrescentando direitos e princípios previstos internacionalmente, construindo um "bloco de constitucionalidade, composto, inclusive, de princípios não escritos.

Na esteira da lição de Konrad Hesse (1991), Piovesan (2021, p. 141) recorda que se deve extrair da Constituição sua máxima efetividade, dando ótima concretização a norma, portanto, "enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam valor de norma constitucional".

A despeito da relevante posição da autora, há posições distintas, importando para o presente trabalho a doutrina da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, adotada pelo Supremo Tribunal Federal por sua Jurisprudência mais recente. A decisão paradigmática proferida no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, com relatoria do Ministro Cézar Peluso, a respeito da temática da prisão civil do depositário infiel, apontou que, a despeito da existência de previsão da prisão civil na Constituição Federal[3], a adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, resultou na paralisação da eficácia jurídica das normas infralegais que com ela fossem conflitantes. A construção teórica parte da premissa de que os tratados e convenções de direitos humanos possuem natureza supralegal, não possuem *status* de norma constitucional, contudo, possuem hierarquia superior as normas infranconstitucionais.

Sob esta posição, Piovesan (2021) aponta que os tratados tradicionais teriam hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, o que se coaduna com o princípio da boa-fé, vigente no direito internacional com reflexo no art. 27 da Convenção de Viena, o qual prevê que não cabe ao Estado invocar disposições de seu direito interno para justificar o não cumprimento de tratado.

Estas normas de direitos fundamentais e de direitos humanos, incorporados no ordenamento jurídico, devem servir tanto como imperativo de tutela, em sua dimensão

[3] Art. 5º, LXVII, CF, "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

objetiva (dever de proteção) como devem se prestar ao sentido de proibição de intervenção, consagrando a dimensão subjetiva (dever de abstenção), não apenas direcionadas ao Estado, mas também às relações entre particulares (CANARIS, 2016).

Consigne-se, ainda, a partir da proposição de Canaris (2016), que é possível, e preferível, a aplicação direta dos direitos fundamentais (e por conseguinte dos direitos humanos) pura e simplesmente, na sua função de proibição de intervenção e direitos de defesa, em detrimento do conceito de eficácia de irradiação, a qual seria apenas formulação metafórica.

Embora, ao tratar da eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros (*Drittwirkung*), rejeite a eficácia imediata, Canaris (2016) reconhece a vigência imediata e vinculação imediata, contudo, aponta que o destinatário das normas de direitos fundamentais, a princípio, é apenas o Estado e seus órgãos, pois caberia a este a função de proteger os direitos. Nada obstante, compreende que os direitos fundamentais produzem por via indireta efeitos em relação aos cidadãos, porquanto caiba ao Estado proteger um cidadão perante o outro. Entre os cidadãos, aponta Canaris (2016), não há imposições ou proibições, contudo, não há uma concessão de autorização para ofensa na esfera de bens do outro, não pode o Estado abster-se a ponto de ficar abaixo de um grau mínimo de proteção, porquanto seja-lhe vedado o exercício de uma proteção deficiente.

Em que pese a natureza substancial mais fraca da eficácia da função de imperativo de tutela em combinação com a proibição de insuficiência em confronto com a função de proibição de intervenção conjugada com a proibição de excesso (CANARIS, 2016), certo é que não pode o Estado omitir-se na proteção, do contrário, ao não intervir, mormente sobre a suposta proteção da autonomia privada ou a não intervenção no domínio econômico, pode, com sua omissão, criar vácuos de proteção aos direitos fundamentais, protegendo de forma insuficiente os direitos de uma das partes envolvidas. Nesta toada, como aponta o autor, é preciso verificar se a proteção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobreavaliados.

Nesta linha de intelecção é possível concluir que as normas que consagram direitos fundamentais e humanos podem ser aplicadas às relações entre particulares. Logo, àqueles que em alguma medida possam estar causando ameaça a direitos de terceiros eventualmente poderão ver sua atividade limitada ou mitigada.

Portanto, em se tratando de sociedades empresariais, na medida em que se observa que os fatores ESG reproduzem direitos humanos (fundamentais), o dever de respeito a estes direitos incide em suas relações com os eventuais titulares, inclusive, ainda que haja

licitude na conduta da sociedade empresarial e que haja apenas ameaça de lesão. Logo, havendo desrespeito, faz-se possível a intervenção estatal, através do legislador ou do Poder Judiciário, para equacionar o problema, garantindo uma proteção eficiente dos direitos atingidos.

Uma vez que as normas de proteção dos direitos humanos e fundamentais são passíveis de aplicação nas relações entre particulares, implicando no dever de observância destes direitos pelas sociedades empresariais, não parece ser possível falar em voluntariedade no cumprimento dos fatores ESG que reproduzem estes direitos, ao contrário, há um dever de observá-los, podendo haver intervenção estatal para assegurar o respeito, do contrário, conforme destacado, poderá estar diante de uma proteção insuficiente pelo Estado.

Desta forma, os fatores ESG que reproduzem direitos humanos devem ser obrigatoriamente cumpridos pelas sociedades empresariais. Porquanto se trate de direitos fundamentais (humanos), cabe ao Estado o dever de proteção. E, como adverte, Canaris (2016, p. 102),

> Uma vez percebido que um direito fundamental contém um imperativo de proteção contra ofensa particular (o que revela o imperativo de tutela), deve-se indagar o "como" essa proteção deve ser feita, o que implica o exercício da conformação pelo legislador, o qual deve atuar atento ao princípio da proporcionalidade, evitando o excesso e a insuficiente proteção.

Conclui-se que há dever de respeito aos citados direitos, notadamente pela possibilidade de aplicação destes direitos às relações entre particulares, cabendo ao Estado o imperativo de tutela. Assim, parece haver um risco de a conduta estatal tornar-se insuficiente quando omisso, permitindo que o mercado possa regular o tema e incorporar os direitos humanos nos fatores ESG a partir do viés exclusivamente econômico, o que pode resultar em desaloção destes valores inerentes e em sua captura pelo mercado.

5. **Da desconstituição dos fatores ESG**

Partindo do pressuposto de que diversos fatores ESG, porquanto reproduzam direitos humanos, devam necessariamente ser cumpridos, a adoção dos fatores ESG torna-se pouco significativa se a pretensão for apenas a indicação de que os direitos humanos são respeitados, mormente pela ausência de possibilidade de demonstração

objetiva e mensuração deste cumprimento. Outrossim, como alhures apontado, o compromisso de respeitar os direitos humanos é inerente a atividade empresarial, a qual não pode ser concebida de outra forma. Portanto, na medida em que os fatores ESG reproduzem direitos humanos, a defesa da aplicação destes fatores e a divulgação ostensiva do cumprimento, pode apontar para uma tentativa de captura do social pelo econômico.

O problema encontra-se no limite da ética. Adotar nomenclatura diferente, convertendo o cumprimento de direitos humanos em fatores que apontam para potencial de investimento, parece alterar a lógica do sistema. Enquanto o cumprimento dos direitos humanos devesse ser objetivo a ser perseguido por todos, como compromisso moral, cívico e jurídico, representação do princípio da solidariedade e por constituir objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Na hipótese de uma responsabilidade pública, parece incongruente o tratamento da matéria a partir de um viés exclusivamente econômico, o que resulta em atribuição de preço a produto não econômico (SANDEL, 2012).

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

A construção de um padrão ESG apenas como tentativa de criação de incentivo e mecanismo de investimento, ocultando que o respeito aos direitos humanos representa uma obrigação imposta pelo ordenamento jurídico, pode desalojar valores que estariam relacionados. A precificação de uma obrigação pode desalojar valores inerentes a atividade, transferindo a atenção para outro ponto. Enquanto o cumprimento dos direitos humanos é necessário e imprescindível, ao analisá-lo a partir da ótica dos fatores ESG a atenção preponderante é sobre a vantagem financeira que pode ser extraída, sobre os riscos econômicos que o descumprimento possa trazer e a rentabilidade no longo prazo. A utilização dos fatores direciona todos os olhares para aspectos econômicos e utilitaristas, desviando a atenção para o problema urgente e imediato que seria o desrespeito aos direitos humanos.

Michael J. Sandel (2016, p. 110/111) ao discutir os limites morais do mercado aponta para a existência de duas dificuldades a ampla penetração do mercado na vida social: a objeção da equanimidade e a objeção da corrupção.

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

Ao problema do ESG importa especificamente o argumento da objeção da corrupção, o qual volta-se para um conjunto de ideias morais. Não recorrendo ao consentimento (objeção de equanimidade), "mas à importância moral dos bens em questão que seriam degradados pela valoração e a troca de mercado" (SANDEL, 2012, P. 112).

Esclarece o autor (SANDEL, 2012, p. 112) que

> O argumento da corrupção, em contraste, centra-se no caráter dos bens propriamente ditos e das normas que devem governá-los. Não pode, assim, ser atendido simplesmente pelo estabelecimento de condições justas de barganha. Mesmo numa sociedade sem diferenças injustas de poder e riqueza, continuaria havendo coisas que o dinheiro não deve comprar. Isso porque os mercados não são simples mecanismos; eles também encarnam certos valores. E às vezes os valores de mercado podem jogar para escanteio normas alheias as que merecem ser preservadas.

Neste diapasão, a defesa dos fatores ESG especificamente no ponto em que correspondam a direitos humanos, tem o potencial de desalocar os valores civis e morais, firmados na ideia dos princípios, sobretudo, da solidariedade e fraternidade, monetarizando-os. Nesta medida, os valores inerentes e primordiais passam a perder a relevância no discurso, sendo "jogadas para escanteio", em detrimento da simples aplicação dos valores de mercado.

Embora possa servir de incentivo comportamental, os fatores ESG não aprofundam a discussão da causa principal, o desrespeito aos direitos humanos. Nesta toada, o trabalho escravo, os desastres ambientais, a prática comercial abusiva, são convertidos apenas em aspectos econômicos, em uma leitura binária (lucro/prejuízo). Com a alteração da linguagem, o problema se dissolve, não há espaço para a solidariedade na equação e os direitos humanos perdem seu sentido, porquanto operem em uma lógica diferente.

Portanto, parece ser possível defender a desconstituição dos fatores ESG que correspondam a direitos humanos, substituindo-os por um mecanismo obrigatório de devida diligência dissociado de interesses meramente econômicos. A hipótese contrária, justamente diante da omissão estatal sobre o tema, revela verdadeira proteção deficiente, porquanto não disponha de mecanismos para controlar de forma eficiente estes comportamentos, permitindo-se a interpretação apenas econômica da violação de direitos humanos, sem que estes próprios possam ter seu cumprimento estimulado, ou que se exija conduta ativa na defesa desses direitos pelas sociedades empresariais como cumprimento ordinário da própria legislação.

Prefere-se a demonstração de que existe uma conduta pró-ativa e consciente da empresa na proteção dos direitos humanos, não em uma leitura mercadológica e orientada apenas pelo lucro, mas pela consciência de que a atividade empresarial não pode ser dissociada do contexto, devendo respeitar, assim como qualquer indivíduo, os direitos humanos. A devida diligência em direitos humanos permite acompanhar a existência da construção de protocolos e parâmetros internos que denotem que há efetiva preocupação com a questão.

A devida diligência pode ser conceituada como processo que as empresas devem realizar para identificar, prevenir, mitigar e prestar contas de como lidam com impactos adversos reais e potenciais em direitos humanos, em suas próprias operações, cadeia de fornecimento, relações comerciais, conforme recomendado nas Diretrizes da OCDE para uma conduta empresarial responsável (2018).

Ainda que sem aprofundar a análise da devida diligência, a qual deve ser objeto de trabalho próprio em continuidade a presente abordagem, é possível dizer que a devida diligência em Direitos Humanos se caracteriza pelo aspecto preventivo, continuidade, integração, adaptabilidade, prioridade baseada no risco e responsabilidade individual.

Os Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos (2019) integram documento com caráter não vinculante, espécie de *soft law*, estabelecendo diretrizes para operacionalização dos deveres do Estado e das Empresas na proteção dos direitos humanos e aspectos de responsabilidade. Idealizados por John Ruggie da Universidade de Harvard, foram construídos a partir dos pilares proteger, respeitar e reparar, assim fundamentados:

> (a) Obrigações assumidas pelos Estados de respeitar, proteger e implementar os direitos humanos e as liberdades fundamentais;

> (b) O papel das empresas como órgãos especializados da sociedade que desempenham funções especializadas e que devem cumprir todas as leis aplicáveis e respeitar os direitos humanos;
> (c) A necessidade de que os direitos e obrigações sejam providos de recursos adequados e eficazes, em caso de descumprimento.

Os princípios relativos ao dever[4] de o Estado proteger os direitos humanos, redundam nas afirmações previamente estabelecidas neste trabalho, notadamente quanto ao imperativo de tutela e a vedação à proteção insuficiente. Portanto, a construção dos princípios marcados pela voluntariedade, pretende trazer proteção menos rígida do que aquela passível de aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente, conforme destacado, em relação aos direitos humanos (e fundamentais) incorporados na ordem constitucional por intermédio de tratados ou convenções.

Merece destaque a observação de que, conforme o Princípio 17 dos Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, aponta que a devida diligência em direitos humanos

> deve abranger os impactos adversos nos direitos humanos que a empresa pode causar ou contribuir, por meio de suas próprias atividades, ou que estejam diretamente relacionados às suas atividades e operações, produtos ou serviços por meio de suas relações comerciais.

Como se observa, há necessária atuação diligente não apenas para os impactos decorrentes de suas atividades, mas também de seus parceiros, exigindo-se uma observação global para evitar a prática de violações, o cinismo, os comportamentos contraditórios e a cegueira deliberada.

6. Conclusão

Os fatores ESG, embora tenham em seu germe o Pacto Global da ONU, são orientados para a mensuração econômica de sociedades empresariais por investidores, como forma de estimular o cumprimento dos fatores recompensando com investimentos. A métrica é a econômica.

Entretanto, ao confrontar os fatores ESG é possível verificar que estes correspondem a direitos humanos internacionalmente reconhecidos, notadamente os de

[4] Destaca-se a dificuldade terminológica observada no documento. Embora parta da premissa de que há uma adesão voluntária e de que os princípios não criam obrigações, o documento utiliza-se do termo dever, o que sugere, exatamente uma obrigação, embora não haja previsão sancionatória.

segunda dimensão, relacionados ao mercado e aos de terceira dimensão, notadamente aqueles que carregam em maior medida aspectos relacionados à solidariedade. Em sendo assim, a literatura aponta que estes direitos são aplicáveis as relações entre particulares, diante da eficácia horizontal destes direitos e da previsão contida no art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988. Portanto, os direitos humanos integram o ordenamento jurídico interno, sendo de observância obrigatória.

Desta forma, a omissão estatal na exigência da observância destes direitos e, inclusive, a permissão para que o mercado se autorregule em aspectos correlacionados, revela uma proteção insuficiente do Estado, resultando, em certa medida, no descumprimento dos direitos humanos sem que haja responsabilização adequada por estes comportamentos.

Portanto, o não cumprimento dos fatores ESG, enquanto correspondam a direitos humanos, implica, ao fim e ao cabo, em violação a estes direitos, contudo, ao utilizar-se a linguagem econômica, esta violação é interpretada apenas sob o viés econômico, desalocando os valores e princípios correspondentes. Há verdadeira captura de valores e princípios, do respeito aos direitos humanos, pelo mercado, sem que este apresente resposta a violação.

Apresenta-se importante, portanto, desconstituir os fatores ESG, extirpando aquilo que corresponda aos direitos humanos, a fim de que estes sejam objeto de adequado tratamento e observância, sem verniz exclusivamente econômico, a fim de valorizar e respeitar as consequências das condutas lesivas.

A devida diligência parecer ser ferramenta preferível aos fatores ESG (correspondentes aos direitos humanos), porquanto desalocada de aspectos econômicos e viés mercadológico. Os padrões ESG destacados deveriam ser cumpridos por serem úteis, justos, bons e estarem em consonância com o bem comum, e não por uma dinâmica de mercado. Há um dever jurídico na observância destes fatores, conforme alhures apontado. Compreender os fatores ESG apenas a partir da ótica do mercado pode, inclusive, prejudicar a competitividade, porquanto, a princípio, tratando-se de um dever ético e jurídico em relação aos direitos humanos, todas as sociedades empresariais deveriam agir em igual medida.

Por tais razões, conclui-se pela importância da desconstituição dos fatores ESG que correspondam a Direitos Humanos, substituindo-os por uma conduta de devida diligência, sem viés exclusivamente econômico. Com isso, há potencial para evitação do risco da captura pelo econômico, a fim de que a esfera pública (e não o mercado) possa

controlar as ações e exigir seu cumprimento, evitando-se, a um só tempo, a proteção deficiente destes valores e a desalocação de princípios e valores jurídicos imprescindíveis para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Referências.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. Malheiros 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 10 set. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 466343/SP**. PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Recorrente: BANCO BRADESCO S/A. Recorrido: LUCIANO CARDOSO SANTOS. Relatora: Min. Cezar Peluso, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444. Acesso em: 19 ago. 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e direito privado**. Ed. Almedina. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Livraria Almedina, 1993.

CONFERENCE REPORT **Who Care Win: Investing for Long-Term Value Integrating environmental, social and governance value drivers in asset management and financial research — A state-of-the-art assessment** — The Global Compact. Zurique, 2005.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à água potável: Direito fundamental de sexta dimensão.** Campinas, SP: Brazil Millennium, 2011.

FREEMAN, R. Edward. **Strategic management: a stakeholder approach**. Boston: Pitman, 1984.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom.** 2nd. Ed. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1991.

OCDE. **Guia da OCDE de devida diligência para uma conduta empresarial responsável**, 2018.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos.** Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2000.

ONU. **Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos: Implementando os Parâmetros "Proteger, Respeitar e Reparar" das Nações Unidas.** <Disponível em https://www.gov.br/mdh/ptbr/assuntos/noticias/2019/outubro/Cartilha_versoimpresso.pdf>, acesso . Acesso em 20 de ago. de 2021.

PACTO GLOBAL. **10 princípios:** Disponível em <https://www.pactoglobal.org.br/10-principios> acesso em 10 de set. de 2021.

PACTO GLOBAL. **A iniciativa**: Disponível em <https://www.pactoglobal.org.br/a-*iniciativa*>, acesso em 10 de set. de 2021.

PACTO GLOBAL. **ESG**: <Disponível em https://www.pactoglobal.org.br/pg/esg>, acesso em 10 de set. de 2021.

PACTO GLOBAL. **ODS**: Disponível em <https://www.pactoglobal.org.br/ods> acesso em 10 de set. de 2021.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Direitos Humanos, Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado** – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2012.

SARLET, Ingo. **Mark Tushnet e as assim chamadas dimensões ("gerações") dos direitos humanos e fundamentais: breves notas.** In R Revista Estudos Institucionais, Vol. 2, 2, 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 17ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

TUSHNET, Mark. **Notes on Some Aspects of Taxonomy of Generation of Rights** in Revista de Estudos Institucionais. Vol. 2. 2, 2016.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos**. In: Antônio Carlos Wolkmer & José Rubens Morato Leite (Orgs.). Os "Novos" Direitos no Brasil: Natureza e Perspectivas. Uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2ª ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2003.