O REGIME DE DIREITOS HUMANOS E NEGÓCIOS: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DECRETO 9.571/2018

THE HUMAN RIGHTS AND BUSINESS REGIME: BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT DECREE 9571/2018

Antonio Grillo Neto [1]

Orcid: https://orcid.org/0000-0003-0755-3401

Submissão: 29/07/2020 Aprovação: 30/08/2020

RESUMO:

A relação entre direitos humanos e negócios não é nova e tem demandado pronta e atenta atenção da comunidade jurídica mundial desde a década de 70. Todavia, o tema seria ressuscitado em 2005 e em 2011, sendo finalizado com a formatação dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, um texto normativo contendo trinta e um (31) princípios e que estipulam as etapas necessárias para que governos e empresas implementem o Quadro Referencial dos três pilares: "Proteger, Respeitar e Remediar". No apagar das luzes do governo Temer foi editado o Decreto 9.571/2018, que visa incorporar esses princípios no ordenamento jurídico brasileiro; entretanto, sua forma peculiar suscita dúvidas quanto à sua constitucionalidade: será que sua implementação voluntária é compatível com o espírito dos direitos humanos e fundamentais insculpidos na nossa Carta Maior?

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Negócios. Princípios orientadores. Decreto 9.571/2018. Constitucionalidade.

∗ Trabalho apresentado no II Congresso Internacional da Academia Paulista de Direito, Coordenado pelo Acadêmico Titular da Cadeira SanTiago Dantas, Professor Doutor Alfredo Attié Jr.

[1] Pesquisador do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo (CIDHSP/APD), vinculado à Cadeira SanTiago Dantas da Academia Paulista de Direito. Mestrando em Direitos Humanos na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. LLM Northwestern University Pritzker School of Law with honors. Contracts Specialist American University Washington DC. Especialista em Direito Internacional pela Escola Superior de Advocacia da OAB.SP. Advogado. E-mail: angrill@uol.com.br

ABSTRACT:

The relationship between human rights and business is not new and has demanded prompt and attentive attention from the global legal community since the 1970s. Human Rights, a normative text containing thirty-one (31) principles and stipulating the necessary steps for governments and companies to implement the Referential Framework of the three pillars: "Protect, Respect and Remedy". At the end of the Temer government, Decree 9,571/2018 was issued, which seeks to incorporate these principles into the Brazilian legal system; however, its peculiar form raises doubts as to its constitutionality: is its voluntary implementation compatible with the spirit of human and fundamental rights enshrined in our Charter?

KEYWORDS: Human Rights. Business. Guiding principles. Decree 9,571/2018. Constitutionality.

1. INTRODUÇÃO

É o Ser Humano quem dá sentido ao mercado quando toma suas decisões livremente. Ele escolhe o que comprar, de quem comprar, onde comprar, como comprar, onde investir, o que doar. É por causa desse impulso eminentemente humano que a grande roda econômica se mantém ativa, e em consequência, se criam bens, produtos e serviços, empregos, investimentos e soluções para problemas globais.

A criatividade humana, além de ter dado asas à economia, também criou um novel sujeito de direitos: a pessoa jurídica, que por natureza guia suas ações para a consecução de seus objetivos sociais.

Todavia, desde que o propósito das empresas passou a ser a maximização dos lucros de seus acionistas, a conduta corporativa, de certa forma, se voltou contra o ser humano.

Assim, o primeiro grande caso de violação de direitos humanos que se teve notícia foi o da Union Carbide pelo vazamento químico de gás em Bhopal, em 1984, que matou milhares de pessoas na Índia sem qualquer reparação às vítimas. Na década de 1990, organizações não governamentais (ONGs) fizeram campanha contra o trabalho infantil e outros abusos nas cadeias de fornecimento de importantes empresas de vestuário e calçados. Eles também denunciaram supostos abusos por empresas de mineração, petróleo e gás,

incluindo cumplicidade na violência por parte das forças de segurança do governo e poluição que prejudicou a saúde das pessoas nas comunidades próximas.

No Brasil os casos de violações a direitos humanos também ganharam destaque. A Samarco e a Vale estão às voltas com as tragédias de Mariana e mais recentemente Brumadinho, cujo desabamento do sistema de rejeitos matou centenas de pessoas. Mais recentemente a imprensa tem divulgado que o uso indiscriminado de agrotóxicos está contaminando a água potável dos rios e do abastecimento das cidades, ligando esse excesso de produtos químicos ao aumento de casos de câncer na população.

Os princípios norteadores de direitos humanos e empresas oriundos do Conselho de Direitos Humanos da ONU, surgiram em 2011 como uma forma de reafirmar que a eficácia do sistema de direitos humanos vá além das políticas governamentais e públicas, mas, que também coloque sob escrutínio as práticas empresariais para que estas incorporem o respeito ao sistema de direitos humanos por parte das empresas e corporações.

De acordo com seu idealizador, o jurista John G. Ruggie, há três sistemas distintos que atuam regimes de governança das empresas em relação aos direitos humanos: o sistema de leis e políticas públicas; um sistema de governança civil que envolve stakeholders externos, que são afetados ou que tem interesse nas multinacionais; e a governança corporativa que internaliza os outros dois

No Brasil esses princípios ingressarão no ordenamento jurídico com a edição do Decreto 9.571 de 21 de novembro de 2018, e, muito embora busquem o alinhamento com os princípios orientadores da ONU, há disposições no referido texto cuja constitucionalidade é bastante duvidosa, e que serão objeto de estudo neste artigo que deve ser compreendido em três partes distintas e unas: a ideia de dignidade humana como irradiadora dos direitos humanos; o caminho percorrido até o estágio atual do tema, vista que é de fundamental importância entender a intenção e força que emergem desses princípios; e por fim, a discussão sobre a constitucionalidade do referido decreto.

Enfim, cabe avançar na análise do tema.

2. A CONCEPÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS HUMANOS. BREVES COMENTÁRIOS.

Usualmente, quando se pensa em direitos humanos, estes são concebidos como um conjunto de normas e práticas que tendem à proteção do Ser Humano contra todos e quaisquer violadores desses direitos, inclusive o Estado, que deverá garantir as condições basilares para que as pessoas tenham uma vida digna.

A raiz da palavra "dignidade" vem de "*dignus*" que ressalta aquilo que possui honra ou importância.

A ideia de dignidade da pessoa humana, da qual a doutrina dos direitos humanos se apropriaria e se desenvolveria, parte das ideias de Kant e da resposta à seguinte indagação: o que poderia ter um valor absoluto, como um fim em si mesmo? A humanidade[2]. A mais rudimentar análise dos imperativos categóricos revelado pelo filósofo prussiano é a de que o homem deve ser considerado objetivo e não meio para alcançar o que quer que seja.

Para Guardia[3] o pensamento de Kant, apesar de formalista e anti-histórico, apresenta esta ideia extraordinária de dignidade da pessoa humana; como consequência, qualquer ser racional existiria como um fim em si mesmo, e não meramente como um meio que possa ser usado de forma arbitrária por essa ou aquela vontade. Conclui Sandel[4] que na concepção kantiana de dignidade há uma diferença entre pessoas e coisas: pessoas são seres racionais que não tem apenas um valor relativo. Na verdade, as pessoas teriam muito mais: tem um valor absoluto, um valor intrínseco que é a dignidade.

Ainda sobre Kant, aponta Sarlet[5] que quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. Assim as coisas têm um preço, mas os indivíduos não; eles possuem dignidade.

A partir desse contexto distintivo entre dignidade como valor não mensurável economicamente e coisas passíveis de quantificação econômica, Sarlet, citando a doutrina de Jeremy Waldron observou que tanto a expressão latina "*dignitas*" quanto o alemão "*würde*"

[2] SANDEL, Michael. Justiça. p.154. Ed. Campus. Rio de Janeiro. 2011.
[3] GUARDIA, Andrés Felipe Thiago A Dignidade da Pessoa Humana: da Antropologia Filosófica ao Estado Democrático de Direito. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vol. 109. p.223
[4] Op. Cit. p.154
[5] SARLET, ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9ª ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre p.40/42.

utilizados por Kant, não significaram "naturalmente" sem que lhes tivesse sido atribuído tal valor técnico-filosófico, entendeu se tratar de "uso eminentemente estipulativo da expressão dignidade, que implica o reconhecimento de que os seres humanos possuem um valor com certo caráter normativo, mas não utilitário"[6], concluindo, a partir disso, que a concepção kantiana se revelaria mais adequada para uma fundamentação dos direitos humanos e fundamentais do que à determinação do seu conteúdo propriamente, isto é, para a identificação do que seriam esses direitos.

Todavia esta concepção kantiana de que a dignidade seria um atributo exclusivamente humano está se mostrando incompleta[7]. A realidade social e legal tem apontado um reconhecimento de proteção constitucional da dignidade de animais contra a crueldade humana (touradas, vaquejadas), e na proteção do meio ambiente. O Planeta já é tido como sujeito de direitos, posto que, se analisarmos atentamente, há demasiada presunção na assertiva sobre ser missão do Homem proteger o meio ambiente, quando na verdade o que acontece é exatamente o contrário: é o meio ambiente que nos protege, afinal, é ele quem torna possível a nossa vida na Terra.

Destarte, partindo da ideia de que é fundamental que reconheçamos uma dignidade da vida para além da humana, o que não necessariamente conflita com esta, mas, ao contrário, a reafirma, a importância e atualidade da ideia em torno de sustentabilidade, impõe observar e respeitar a dignidade em todas as suas dimensões inclusive no que tange às ações de empresas e corporações quando exercerem suas atividades econômicas e negociais, irradiando, a partir daí a importância com que os princípios orientadores sobre direitos humanos e empresas assumem no mundo dos negócios.

A construção em torno do sistema de proteção de direitos humanos, segue, pois, essa ideia de que todas as pessoas são dotadas de "dignidade inerente" e de "direitos iguais e inalienáveis", e que tais seriam verdadeiras prerrogativas, não como algo concedido pela boa vontade ou à critério de outras pessoas[8].

Destarte, baseando-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1948, "como um ideal comum a ser seguidos por todas as

[6] Op. Cit. p.41

[7] Op. Cit. p. 42/43 "Até que ponto, contudo, tal concepção efetivamente poderá ser adotada sem reservas ou ajustes na atual quadra da evolução social, econômica e jurídica, constitui, sem dúvida um desafio fascinante [...] desde logo nos parece que essa tendência contemporânea de uma proteção constitucional e legal da fauna e flora, bem como dos demais recursos naturais, inclusive contra atos de crueldade praticados pelo ser humano, revela no mínimo que a própria comunidade humana vislumbra em determinadas condutas (inclusive praticas em relação a outros seres vivos) um conteúdo de indignidade."

[8] RUGGIE, John Gerard. Quando Negócios Não São Apenas Negócios: As Corporações Multinacionais e os Direitos Humanos. Ed. Planeta Sustentável. p.31 São Paulo. 2014.

nações", faz com que os instrumentos internacionais falem sobre o "reconhecimento" de direitos, não sobre a criação deles[9].

A declaração, que teve forte influência do humanismo de Maritain[10], considera não somente o que a lei natural revela sob a luz da consciência moral, no sentido de prescrever o que deve e o que não deve ser feito, mas sim também no reconhecimento de direitos ligados à própria natureza do homem.

Já para Bobbio[11], a declaração seria uma construção social oriunda de um processo histórico na sociedade e de condições sociais e econômicas que se verificarem em seu seio[12], concebida como um grupo de normas e práticas para proteger indivíduos de ameaças feitas pelo poder, seja este do Estado e/ou econômico, atribuindo a este o dever de garantir as condições necessárias para que as pessoas tenham uma vida digna.

Jorge Miranda se refere a ela como "[...] o princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte, dir-se-ia um *metaprincípio*"[13], e aduz que a dignidade se sobrepõe à propriedade privada por reverenciar o ser ao ter.

Sarlet leciona que "[...] parece-nos já ter sido suficientemente repisado que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, não poderá ser ela própria concedia pelo ordenamento jurídico"[14]. Ao considerar que a dignidade da pessoa não poderá ser retirada de nenhum ser humano, muito embora seja violável a pretensão de respeito e proteção que dela (da dignidade) decorre, assim, se tratar de princípio e valor fundamental, ou seja, é princípio e regra.

De acordo com Pontes de Miranda, a afirmação e o reconhecimento da dignidade humana, se operou por lentas e dolorosas conquistas da humanidade e foi o resultado de avanços ora contínuos, ora esporádicos, nas três dimensões: democracia,

[9] Op Cit. p.31. Segundo Jacques Maritain, a pessoa humana tem direitos, sendo assim – a pessoa humana tem o direito de ser respeitada e é sujeito de direito, possui direitos.

[10] AMARAL, Madison Anderson Correa Matos do. Os tratados internacionais como fonte dos direitos humanos: uma análise da evolução dos direitos do homem sob o ponto de vista de Jacques Maritain. Cadernos de Direito. Piracicaba. 17(32) 231-261. Jan-Jun. 2017

[11] BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 27ª tiragem. Elsevier. Rio de Janeiro. 2004.

[12] Op. Cit., p.33 "[...]os direitos elencados na Declaração não são os únicos e possíveis direitos do homem: são os direitos do homem histórico, tal como este configurava na mente dos redatores após a tragédia da segunda guerra mundial [...] não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes."

[13] MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. Coimbra. P. 170

[14] Op. Cit. p.83/85, Judith Martins Costa seria um autêntico "valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico", razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa"

liberdade, igualdade. [...] Erraria quem pensasse que se chegou perto da completa realização. A evolução apenas se iniciou para alguns povos; e aqueles mesmos que alcançaram, até hoje, os mais altos graus ainda se acham a meio caminho. A essa caminhada corresponde a aparição de direitos, essenciais à personalidade ou à sua expansão plena, ou à subjetivação e precisão de direitos já existentes"[15].

Irradiando da ideia de dignidade humana, toda a concepção dos direitos humanos vai se revelando e construindo seu percurso, ora encontrando eco, ora resistências; ora ganha sentidos, noutras é ressignificada; contudo, ela reflete nossa passageira e tênue experiência humana.

3. O CAMINHO TRILHADO ATÉ OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES SOBRE DIREITOS HUMANOS E NEGÓCIOS.

A discussão em torno da ideia de responsabilizar empresas por violações de direitos humanos é antiga, mas segue uma marcha própria, muito lenta diante do poder econômico de que dispõe - e concentram – tais entidades no mundo contemporâneo.

As primeiras movimentações nesse sentido se deram por iniciativa da Inglaterra, no começo do século XIX, por ocasião de sua insurgência contra o tráfico de escravos, que motivou esse país a assinar diversos tratados internacionais com Espanha, Holanda e Portugal, sob o fundamento de que o trabalho escravo constituía em séria violação perpetrada por entidades empresariais privadas à dignidade da pessoa humana, e assim, o tema seguiria com avanços e retrocessos até 2011 quando o Conselho de Direitos Humanos da ONU apresentou ao mundo os trinta e um (31) Princípios Orientadores sobre Direitos Humanos e Negócios.

Cumpre observar nessa construção três universos: o econômico, o judicial e o institucional.

No que tange ao aspecto econômico, os Estados receptores de investimento acabaram relegados a papel secundário na orientação econômica, anuindo com essa descentralização sob a forma de contratos ou tratados de investimentos estrangeiros, operando a partir de uma completa desmembração da produção onde se fabricava um produto em diversas e distintas plantas industriais concomitantemente, para montá-lo nos países onde

[15] MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. Direitos e Garantias. RT. São Paulo, 1970. P. 168/169.

teriam a vantagem, dessa forma, produzindo quase a custo zero, incluindo-se, nessa configuração, as estruturas administrativas que operam a partir de paraísos fiscais.

Inclui-se nessa ideia de organização multinacional o trabalho. Nesse sentido, as grandes corporações também estão se aproveitando da mão de obra em termos de especialização, custos ou controle social, inclusive dos fluxos ilegais de imigrantes, criando não apenas uma nova divisão de trabalho e de produção impossíveis de serem gerenciadas por Estados, que, por seu turno, se tornam meros "parceiros" desses gigantes econômicos, como assertivamente apontado por Castels[16].

Esse fenômeno é observado por Avelã Nunes[17] como processo de "deslocalização" de empresas industriais, o qual arrastou consigo a desindustrialização, posto que, com impactantes mudanças na estrutura de produção e de emprego, torna-se mais difícil criar postos de trabalho.

O trabalho, em meio a esse "*laissez-faire*", deixa de ser um direito humano fundamental e se transforma numa commodity[18] que varia de acordo com as "leis de mercado", e se convola num acessório cujo ganho é o pagamento pontual pelos serviços prestados, livrando-se de toda carga social e ideológica nele contida, com os estados nacionais não apenas aliados dessa ideia, mas, reféns desses conglomerados ao justificarem suas preferirem um salário de fome a nenhum, quando na verdade, o que se tem é a busca de maximização dos lucros das empresas.

Com essa estrutura global permitindo que empresas se beneficiassem até da mão de obra de refugiados, não tardou para que a linguagem dos direitos humanos se tornasse parte da ideia em torno de uma regulação que coordenasse direitos humanos e empresas, eis que, o respeito dos direitos humanos alcança não apenas as relações entre indivíduos e o Estado, mas, também, as relações entre particulares, atuando tanto na dimensão subjetiva (reconhecimento de capacidades) como na objetiva (imposição de deveres de proteção)[19], e operando a partir de três sistemas jurídicos distintos mas que foram toda inovação

[16] CASTELS, Manuel. A Sociedade em Rede. Paz e Terra. 3ª Ed. São Paulo, 2000. P.114 "[...] um novo sistema produtivo que depende de uma combinação de alianças estratégicas e projetos de cooperação ad hoc entre empresas, unidades descentralizadas de cada empresa de grande porte e redes de pequenas e médias empresas que se conectam entre si e/ou com grandes empresas ou redes empresariais

[17] NUNES, José de Avelãs. Os Trabalhadores e a Crise do Capitalismo. Empório do Direito. p.155/156 Florianópolis. 2016

[18] Nesse sentido, Avelãs Nunes, op. Cit. p.68 [...] Os direitos e os interesses dos trabalhadores deixam de existir enquanto tal: são encarados e tratados na ótica do capital privado, 'glorificado' porque cria emprego. É uma visão ideológica que ignora o que sabemos desde Adam Smith, porque pretende 'esquecer' que, sem contratar trabalhadores assalariados, o capital não se reproduz e o processo de acumulação do capital deixa de funcionar. ("quem tem riqueza no capital numa indústria que visa o lucro")

[19] Nesse sentido, CARVALHO, André Ramos de. Curso de Direitos Humanos. Ed. Saraiva. 6ª ed. P.310/311. São Paulo. 2019

institucional I) o sistema de direitos humanos da ONU, cujos instrumentos fundamentais são a Carta de 1948, e os dois pactos de 1966 (o de Proteção aos Direitos Civis e o de Proteção de Direitos Econômicos); II) o das Convenções da OIT (menção honrosa à Declaração dos Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho), e III) o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

No entanto, adverte Ruggie que o regime de direitos humanos baseado na ONU "não foi projetado nem é capaz de agir como um sistema regulador centralizado"[20], vista que os Estados adotam e ratificam os tratados voluntaria e seletivamente, e mesmo em relação aos tratados escolhidos, nem todos são ratificados e/ou implementados. Além disso, mesmo quando a obrigação legal existe, o regime não tem os poderes de investigação e execução necessários.

A questão ganha outro colorido quando se insere um ator com muito poder econômico: as grandes corporações transnacionais, de estrutura societária complexa e que atuam em mais de um país, que poderá ter ou não ratificado alguns desses tratados internacionais.

É evidente que um tratado internacional em prol dos direitos humanos impõe às nações que os ratificam uma série de deveres que devem ser observados por todos os nacionais desse país, tal qual se sujeitam os conglomerados econômicos empresariais que ficam sujeitos aos padrões aplicados pelos Estados em seus países de origem e naquele onde suas filiais se localizam; o problema surge quando a) um desses estados não ratificou algum dos instrumentos de direitos humanos, como é o caso dos Estados Unidos e da China em relação ao Pacto Internacional dos Direitos Econômico, Sociais e Culturais da ONU; ou b) quando há conflitos entre as normas internas de um país e o sistema de direitos humanos, vista que não há, ainda, nenhum meio de solução desse tipo de controvérsia na seara internacional. Em suma, o sistema legal e as políticas públicas tentam se equilibrar entre as normas nacionais e locais, e normas internacionais.

A História tem mostrado que somente quando as empresas participam de flagrantes violações a direitos humanos em que se comprova sua participação em crimes de genocídio, práticas análogas à escravidão, crimes de guerra, por exemplo, é que acabam sendo alvo da ações de indenização em países que possuem leis que admitem a aplicação extraterritorial, como é o caso do Alien Tort Statute de 1789 dos Estados Unidos; outra possibilidade diz respeito aos tribunais arbitrais, como acontece com investimentos

[20] Op. Cit. P.33

estrangeiros, que em caso de disputas poderá se servir do tribunal arbitral do Banco Mundial para solução desses litígios.

O aspecto judicial, por seu turno, se intensificou a partir da última década do século XX, e foi responsável por muitas mudanças nas discussões sobre este tema, que foi a possibilidade de processar empresas por violações de direitos humanos.

Quando se descobriu que as empresas Ford, Bayern, Krupp e Siemens[21] se beneficiaram de mão de obra escrava e substituíram em sua linha de produção os trabalhadores assalariados por prisioneiros de guerra, ciganos, presos políticos e judeus, para fabricação de armas de todo tipo, bem como manufaturas e químicos (inclusive o infame Zyclon B, veneno utilizado nas câmaras de gás utilizados nos campos de concentração) para o extermínio de judeus e inimigos do regime nazista, a opinião pública demandou pronta ação contra essas empresas. Foi então que um grupo de advogados de direitos humanos utilizaram a lei Federal norte americana para responsabilidade de atos estrangeiros, o "Alien Tort Statute", e processaram todas as citadas empresas no judiciário dos EUA, iniciando uma série de litígios que ficaram conhecidas como os "Holocaust cases". Todas as empresas infratoras selaram acordos e pagaram pesadas indenizações.

Esse mesmo estatuto possibilitou acesso à proteção judicial das vítimas de violações de direitos humanos em matéria de investimentos estrangeiros, situação inédita por dois motivos: em primeiro porque as disputas que envolvem investimento estrangeiro ficam escondidas debaixo guarda-chuvas da corte arbitral do Banco Mundial e possuem um rito próprio, geralmente confidencial. E em segundo porque as vítimas dessas violações não dispunham de meios legais e nem judiciais nos países receptores de investimentos estrangeiros, logo, acabavam prejudicadas e sem qualquer possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos. Neste aspecto, três casos emblemáticos foram ajuizados contra as empresas petrolíferas Dutch-Royal Shell, Unocal[22] e Texaco. O ineditismo desses três casos deu o tom fundamental: não há limites para se buscar reparação quando ocorrer violação de direitos humanos por parte de empresas.

O setor financeiro também foi alvo de ações de reparação. As vítimas do Holocausto e os herdeiros daqueles que foram assassinados durante o regime nazista, ajuizaram ações contra bancos e seguradoras suíças que se beneficiaram do sistema de sigilo bancário mais fechado do planeta para ocultar a origem desses valores. Foram reivindicadas

[21] Ver reportagem do The Independent: https://www.independent.co.uk/news/slave-labour-at-auschwitz-used-by-ford-1113755.html (último acesso em 02.12.2019)

[22] Doe. Vs. Unocal, acentuou o caráter de extraterritorialidade do Alien Tort Act no qual as companhias processadas não precisam ser norte americanas, apenas ter presença comercial significativa no país.

reparações pelos trabalhos forçados, por seguros não pagos, e para reaver valores e bens que estavam sem movimentação em contas correntes e cofres não acessados.

E assim, os casos de ajuizamento de ações judiciais questionando violações a direitos humanos por empresas passou do discurso para o cotidiano legal, sucedendo-se casos pelo mundo. Um destes se titulou os "diamantes de sangue", no qual a indústria do diamante foi responsabilizada por fomentar e apoiaram um sangrento conflito civil em Serra Leoa, situação que levou à adoção do Kimberley Process para apurar e colocar sob supervisão toda cadeia de produção. As sete grandes indústrias de chocolate (Nestle, Hersheys, inclusas) também foram condenadas por explorar mão de obra infantil e escrava em todo processo de produção do cacau. Tal situação motivou em 2005 a adoção do Cocoa Protocol que visou trazer maior transparência para esse mercado.

Basicamente todos os setores industriais, em nome do lucro, tomaram decisões de negócios se beneficiando de algum tipo de violação de direitos humanos. A indústria da moda, por exemplo, se utilizou de mão de obra infantil e desumana, com a condenação de gigantes como Nike, GAP, Zara, dentre outras, também cometeram algum tipo de violação aos direitos humanos, como exploração de mão de obra infantil e em condições insalubres.

Nem mesmo as indústrias de tecnologia saíram impunes: a Yahoo acabou processada por violação aos direitos humanos, acusada de auxiliar o governo chinês na perseguição de seus dissidentes, o que motivou por parte de outras como Microsoft, Google, e Yahoo a formarem a" Global Initiative Network" para combater o mau uso da tecnologia e dos dados.

E por fim, em seu aspecto institucional, o tema tem sido adiado e desconversado desde o século XIX, quando a Inglaterra decidiu que não toleraria mais o comércio de escravos e passou a afundar os navios negreiros.

As tentativas de elaboração de um estatuto ou norma jurídica que aplacasse o assunto e fosse legalmente eficaz, seguiu um longo percurso até 2011 quando os princípios orientadores de direitos humanos e negócios veio ao mundo.

Uma primeira tentativa de regramento na ECOSOC, da ONU, em 1986, com a formação de um código de conduta para empresas transnacionais, porém, o mundo ainda não estava preparado e a iniciativa acabou esvaziada; no início do século até 2005 o Pacto Global (Global Pact) da ONU chegou a elaborar um código para o tema que estava focado em implementar a boa governança empresarial nas áreas de direitos humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção. Sua adoção era voluntária pelas empresas e

carecia de instrumentos para se verificar na prática; nasceu como um movimento inspirado em responsabilidade social corporativa interna das empresas que era muito bem visto por acionistas no começo do século. Todavia, essa ideia de responsabilidade social corporativa nem sempre se alinhou com àquele dos regimes de direitos humanos contido nos tratados fundamentais. E conforme os juristas fizeram seus ajustes para alinhar com o regime de direitos humanos, as empresas abandonaram essa iniciativa por entenderem que tinha se tornado excessivamente reguladora e prescritiva.

A intensificação da globalização empresarial e as continuadas violações de direitos humanos em razão da atividade negocial, não impediu que a ONU continuasse a buscar uma regulação para o tema. E do fracasso do código de normas do Pacto Global se trabalharia na ideia que culminou nos Princípios Orientadores sobre Direitos Humanos e Negócios ("Guiding Principles"), obra direta de John G. Ruggie, dispostos em trinta e um (31) princípios divididos em: (a) princípios gerais; (b) dever do Estado em proteger os direitos humanos (1º ao 10º); (c) responsabilidade empresarial em respeitar os direitos humanos (11º ao 24º); (d) acesso a recursos de reparação (25º ao 31º).

Os princípios, por seu turno, se dividem em três pilares que encampam a ideia de "proteger", "respeitar" e "reparar": I) cabe aos Estado proteger os direitos humanos; II) cabe às empresas respeitar os direitos humanos; e III) ambos devem reparar os danos causados pelas violações aos direitos humanos.

Cumpre frisar, desde logo, que estes princípios não criam e tampouco restringem obrigações internacionais já existentes, devem ser aplicados de forma não discriminatória a todas as empresas sejam estas nacionais, estrangeiras, ou transnacionais, independente de porte, até porque todo arcabouço jurídico sobre direitos humanos vigente está em plena operação.

O que se pretende afirmar é que as empresas privadas respeitem o sistema de tratados internacionais que regem o tema, e também, que sejam responsabilizadas por qualquer violação aos direitos humanos em suas atividades de negócio.

4. O DECRETO 9.571 DE 21 DE NOVEMBRO DE 2018 E A INCORPORAÇÃO DOS PRINCÍPIOS ORIENTADORES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E DE SUAS POTENCIAIS INCONSTITUCIONALIDADES

Frente à perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é importante apontar que seus princípios e normas foram incorporados em âmbito nacional, sobretudo com o fim dos regimes ditatoriais pelos quais passavam alguns países, como se deu no Brasil, fator que teve grande influência na elaboração das Constituições Democráticas.

Bonavides aponta que "[...] os limites expressos cuja transgressão ocasiona a inconstitucionalidade da iniciativa de emenda, fazendo com que a proposta não seja sequer objeto de deliberação, são aqueles contidos no § 4º do art. 60 da Constituição. Do ponto de vista material, a Carta de 1988 trouxe considerável inovação: a amplitude material do espaço reservado às vedações absolutas, que agora compreendem, de forma explícita, a separação de poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico, a par dos direitos e garantias individuais, além da forma de Estado, tudo numa compacta proteção às estruturas básicas componentes do Estado de Direito e às liberdades, tanto dos indivíduos como dos entes autônomos participantes da organização de nossa modalidade de sistema político pluralista"[23].

Dessa forma, os Direitos Humanos permeiam o ordenamento jurídico positivado através dos direitos fundamentais e a própria compreensão de democracia e cidadania, afinal, estes assumiram uma centralidade no ordenamento jurídico ao ponto de que, diante do caso concreto, deve ser verificado se determinada norma está em conformidade com os direitos humanos.

Impõe considerar ainda, que uma interpretação conforme aos direitos humanos é demasiada complexa, eis que precisa considerar a interdependência e indivisibilidade desses direitos, e que não raro possuem conceitos abertos o que demanda olhar para quais desses direitos tutelados foram atingidos, se esses direitos são indispensáveis a uma vida digna, e se se houve afronta à dignidade da pessoa humana.

Os princípios orientadores sobre direitos humanos e empresas foi incorporado no nosso ordenamento jurídico através do Decreto 9.571/2018, quase como uma tradução literal do texto original. Os três atores estão presentes, os vinte e um princípios também, e os

[23] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 31ª edição. Malheiros. São Paulo. 2016. P.212/213

três pilares estão no texto de forma integral e literal, porém, não da forma conceitual e espiritual com que tal iniciativa foi concebida, posto que alguns dispositivos são de constitucionalidade duvidosa, e, portanto, precisam ser melhor entendidos.

O primeiro deles está disposto no §2º do art. 1º que estatui que esses princípios orientadores, chamados como diretrizes nacionais, serão implementadas voluntariamente pelas empresas. Não está claro se a faculdade guarda relação com os programas de integridade mencionados no texto, ou, se refere-se ao cumprimento dos princípios como prática corporativa.

O segundo, nos incisos I e II do Art. 4º, estipula que caberá às empresas o respeito I) aos direitos humanos protegidos nos tratados internacionais dos quais o seu Estado de incorporação ou de controle sejam signatários; e II) aos direitos e às garantias fundamentais previstos na Constituição.

Como já referimos neste texto, há grande assimetria entre países no que tange a assinatura e cumprimento de tratados sobre direitos humanos, ao mesmo o art. 4º, II da CF, reconhece a prevalência dos Direitos Humanos nas relações internacionais.

4.1. A VOLUNTARIEDADE PRESCRITA NO §2º DO ART. 1º DO DECRETO 9.571/18.

O comando contido no texto que chama atenção no §2º do art. 1º, sobre a possiblidade das empresas implementarem as diretrizes voluntariamente, é no mínimo confuso, posto que abre margem para que as empresas que atuam no Brasil possam escolher se respeitam, ou não, os direitos humanos.

A primeira vez que essa palavra apareceu em escritos de idioma inglês foi na obra "The Justification of Separation from the Church of England Against Mr. Richard Bernard" de John Robinson[24], aparecendo nessa obra, de 1610, expressando consenso espontâneo de parte povo e da rainha sobre determinada questão de ordem religiosa, no caso, a impossibilidade de liberdade de crença por parte da igreja católica na Idade Média. O autor foi um dos fundadores do puritanismo, movimento que buscava uma reforma dos ideais da igreja na Inglaterra, buscando que a orientação deixasse de se basear na igreja romana e se aproximasse mais da realidade de seu povo.

[24]Ver: https://books.google.com.br/books?id=dCBmAAAAcAAJ&pg=PA20-IA40&dq=%22voluntarily%22&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjR0arilKHmAhXKLLkGHQSTBwEQ6AEIMjAB#v=onepage&q=%22voluntarily%22&f=false Google ngram viewer, (último acesso em 06.12.2019)

A primeira aparição jurídica do termo está na obra "Reports of Cases in Law and Equity"[25] coletânea de jurisprudência da Suprema Corte do Estado de Georgia, de 1858, e por coincidência (eis que se está discorrendo sobre direitos humanos e negócios) tratou de disputa envolvendo a gestão temerária de um diretor que causou prejuízo à sua empresa (um banco) e seus acionistas, determinando que este pagasse o débito voluntariamente ou sofresse o ônus da violência estatal que tomaria toda sua propriedade até a satisfação do débito.

No sentido semântico, voluntariamente é classificado como um advérbio e se relaciona com a faculdade de se fazer algo de forma espontânea, sem vinculações de qualquer tipo, com liberdade para experimentar.

Assim, no que tange à doutrina de direitos humanos cabe ao intérprete compreender suas normas que, em sua grande maioria, apresentam conceitos abertos e indeterminados (voto "periódico", "intimidade", "duração razoável do processo"). Nem se olvide que os direitos humanos guardam relação de interdependência entre si, o que pode colocar em rota de colisão direitos (o mais recente é o da liberdade de informação vs. intimidade), por isso ser fundamental que o Poder Judiciário decodifique as leis para que se tenha a exata dimensão desses direitos no cotidiano das pessoas.

Ainda no que tange ao sentido semântico constante no §2º do art. 1º do Decreto 9.571/18 não encontra similar nem na ideia de direitos humanos prevista nos tratados internacionais e toda sua característica de universalidade, interdependência, inalienabilidade e indivisibilidade, e muito menos nos direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988, seja de forma explícita, ou implícita, se desconhece termo que relativize um direito humano ou garantia fundamental que dialogue com a promoção da dignidade humana.

Ainda sobre a questão semântica, resta ainda examiná-la em relação aos princípios orientadores sobre direitos humanos e negócios em si considerados, especialmente no que tange àqueles que são referentes à responsabilidade das empresas em respeitar os direitos humanos (11º ao 24º), o vocábulo utilizado pelo legislador brasileiro também não encontra similar, especialmente, ao segundo pilar relativo aos princípios 11º à 24º que exige das empresas, cumprindo transcrever o princípio 14º que elucida em definitivo a questão ao estatuir que "[...] a responsabilidade das empresas quanto ao respeito de direitos humanos é plena, independentemente de seu tamanho, setor, contexto operacional, proprietário, mas as

[25] https://books.google.com.br/books?id=66waAAAAYAAJ&pg=PA110&dq=%22voluntarily%22+in+law&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjx7YWNmaHmAhWfHbkGHRQqDuwQ6AEIKTAA#v=onepage&q=%22voluntarily%22%20in%20law&f=false Google ngram viewer, (último acesso em 06.12.2019)

exigências quanto aos meios e recursos que devem ser disponibilizados podem variar, a depender desses fatores", ou seja, até no texto que não há que se falar em voluntariedade.

Finalizando, no que tange ao sentido semântico, não há equivalentes da expressão contida no §2º do art. 1º, nem no direito internacional, nem na Constituição Federativa, e muito menos no próprio texto dos princípios orientadores de onde o Decreto busca sua razão de ser, afinal, como transcrito, há que se entender e se falar em respeito à dignidade da pessoa humana, única e tão somente.

Por fim, cumpre analisar a compatibilidade da norma em comento e sua relação com o sistema de direitos humanos em seu conjunto de características, valores e objetivos almejados a partir da Declaração de 1948, cujo enfeixe de regras tem um ponto de convergência, ainda que implícito, que é a ideia de respeito à dignidade da pessoa humana, vetor que faz convergir, não de forma banalizada, toda construção em torno da ideia de direitos humanos que surge com o final das grandes guerras do século XX.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos são reveladas as características essenciais que lhes dão sentido: a) eles são universais, o que quer dizer que são aplicados de forma igual e sem discriminação a todas as pessoas; b) são inalienáveis, e ninguém pode ser privado de seus direitos humanos; c) eles podem ser limitados em situações específicas. Por exemplo, o direito à liberdade pode ser restringido se uma pessoa é considerada culpada de um crime diante de um tribunal e com o devido processo legal; d) são indivisíveis, inter-relacionados e interdependentes, já que é insuficiente respeitar alguns direitos humanos e outros não.

A Declaração de Viena (1993) em seu parágrafo 5º é enfática: "todos os direitos humanos são universais", o que explica sua força como um universo próprio sobre as Constituições e sobre o direito positivo em caso de potenciais violações ou tentativas de relativização destes.

Na prática, a violação de um direito vai afetar o respeito por muitos outros; Todos os direitos humanos devem, portanto, ser vistos como de igual importância, sendo igualmente essencial respeitar a dignidade e o valor de cada pessoa, independentemente do reconhecimento de tais valores pelo Estado[26].

[26] MARITAIN, Jacques. Os Direitos do Homem e a Lei Natural. Livraria José Olympio. Rio de Janeiro. P. 102/103 "Sem dúvida a lei obriga em consciência, mas é porque ela só é lei quando justa e promulgada pela autoridade legitima, não porque o Estado ou a maioria seriam a regra da consciência. Sem dúvida que o Estado tem uma função moral e não somente material; a lei tem função pedagógica e tente a desenvolver as virtudes morais; o Estado tem o direito de me punir se, minha consciência tendo ficado cega, eu cometo, seguindo minha consciência, um ato em si mesmo criminoso ou delituoso. Mas, em semelhantes circunstância, o Estado não tem

Daí a ideia de máxima efetividade capaz de conduzir, no exame do caso concreto, ao maior proveito para seu titular, portanto, com o máximo de aplicabilidade no caso concreto.

Assim, permitir que empresas observem e implementem os princípios orientadores de forma voluntária configura flagrante retrocesso, já que cria uma imunidade em favor das empresas para que, no desenvolvimento de suas atividades, escolham se e quais direitos humanos querem respeitar, o que contraria todo arcabouço legal em que repousam os direitos humanos.

Tal retrocesso é incompatível com a Constituição de 1988, segundo Sarlet[27], aponta as seguintes proibições de retrocesso: Estado Democrático de Direito (art. 1º caput); dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); 3) aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º § 1º); proteção da confiança e segurança jurídica (art. 1º, caput e art. 5º XXXVI); e cláusula pétrea prevista no art. 60 § 4º, portanto, inconstitucional.

4.2. A INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSTO NO INCISO I, DO ART. 4º.

Como já referimos neste texto, há grande assimetria entre países no que tange a assinatura e cumprimento de tratados sobre direitos humanos, ao mesmo o art. 4º, II da CF, reconhece a prevalência dos Direitos Humanos nas relações internacionais. Inicialmente por causa da guerra fria, e, posteriormente por causa da escola de Chicago e a orientação ultraliberal da economia que trouxe a ideia de que os mercados se autorregulavam, inclusive tornando o trabalho uma mera comodity, os Estados Unidos não são signatários do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, o qual confere ampla proteção aos direitos sociais, sobretudo o de trabalho. No mesmo diapasão a China assinou, mas, não ratificou o Pacto dos Direitos Civis de 1966, e aqui estamos falando de basicamente dois terços da economia capitalista mundial.

Ao permitir que cada empresa siga o regime de direitos humanos de seu país de origem, abre-se perigoso precedente para o descumprimento e violação a direitos humanos em

a autoridade de me fazer reformar o julgamento de minha consciência, do mesmo modo que ele não tem o direito de impor aos espíritos seus juízos sobre o bem e o mal".

[27] SARLET, ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desfio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBC, São Paulo, n. 4, p. 241-271, jul./dez. 2004.

território nacional, além de uma desnecessária agenda de atração de investimentos que não guardam simetria com direitos humanos, e o risco de caracterização de retrocesso.

Se num caso concreto algumas das empresas decidir seguir a política de seu país, e dessa decisão irromper alguma violação de direitos humanos, o caso concreto deverá ser avaliado a partir do critério "*pro homine*", a interpretação dos direitos humanos será sempre àquela mais favorável ao indivíduo num caso concreto.

Esse critério é muito presente em diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, destacando-se decisão consignada pelo Min. Celso de Mello que: "[...] os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos) consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. Aplicação ao caso, do art. 7º, c/c o art. 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico da primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano" (HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, DJE de 6-2-2009).

Por outro lado, há o uso do princípio da prevalência ou primazia da norma mais favorável ao indivíduo, que defende a escolha, no caso de conflito de normas, quer nacionais ou internacionais, daquela que seja mais benéfica para o indivíduo, prevalecendo a norma que prestigie a dignidade da pessoa humana, valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida, e que deve ser entendido não como mero enunciado formal, mas como indicador do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana (arts. 170, 193, 205).

Sob o ponto de vista da dignidade da pessoa humana, não há mais compatibilidade para esse tipo de regramento que se baseie exclusivamente na lógica de um

lucro vil, insensível às necessidades sociais, e extremamente nocivo ao ser humano, o que imporia sua superação num caso concreto pela via da inconstitucionalidade.

E se considerarmos ainda que o ponto de partida do Decreto é o paradigma dos Princípios Orientadores, e, como consequência imediata, as Diretrizes propostas tornam-se facultativas às empresas, impõe que seja aperfeiçoado a do entendimento jurisprudencial dominante, inicialmente dentro dos três pilares que resguardam os trinta e um princípios, ou seja, as empresas não apenas tem o devem de respeitar, como também, o de proteger os direitos humanos a partir de seu já constituído arcabouço jurídico constante das Declarações e Tratados da ONU, da OIT e da Corte Penal Internacional, e isso não poderá ser feito de forma residual, condicional ou voluntária; mas integral e cotidiana.

Inclusive no que tange às relações entre Estado e empresas que não parece muito clara, especialmente quando o Estado é também empresário, e fica tão ou mais vulnerável em caso de violações a direitos humanos.

Como se percebe, há, pois, uma falha teleológica aqui; se a ideia ao editar esse decreto visava o espelhamento dos princípios da ONU, e estes são claros no sentido de que as empresas têm o dever de respeitar os direitos humanos, não há espaço para que tal ocorra a partir de concessões ou condições para empresas aderirem a isso.

Há que, todavia, se especular se a tal adesão ao texto seria somente em relação à formulação de programas de compliance e integridade nas empresas, pois, nem todos os negócios vingam e tais representariam um custo. Ainda que tal assertiva seja verdadeira, ainda assim tal concepção é falha.

Primeiramente, porque o respeito aos direitos humanos se revela em qualquer circunstância e em todos os atos que as pessoas trocam entre si, independentemente de serem parte de um programa de governança corporativa; nesse sentido, nos alinhamos com Maritain[28] que a dignidade se revela nos mais variados atos e circunstâncias das relações sociais.

E em segundo porque não será um programa de integridade que impedirá uma empresa de cometer alguma violação em direitos humanos em sua estratégia de negócios, mas, a consciência individual do valor de cada membro da mesma no correto entendimento de que o sistema de direitos humanos não é "a conivência com ilícitos ou presos" como equivocada e caluniosamente seus detratores apregoam em cultos de imbecilidade coletiva através de uma mídia totalitária, cuja comunicação é de uma única via, e que bombardeia essa

[28] Op. Cit. p. 100

equivocada ideia o todo tempo; mas, que se trata de respeito ao Ser Humano, de construir uma sociedade da forma como a pessoa gostaria de ser tratada em seus direitos e deveres em qualquer lugar e circunstância, e que seus valores, sua dignidade e sua liberdade fossem respeitadas pelo reconhecimento de sua condição humana.

Por último, cumpre assinalar acerca da impropriedade da utilização do vocábulo nacionais, que foi utilizado no Decreto em comento, para se referir aos princípios orientadores (diretrizes). Nesse particular, se estamos lidando com direitos humanos, estes, por natureza, são universais. Destarte, não se nega que tais fazem parte de um ordenamento jurídico cuja aplicação é delimitada pelo âmbito de sua soberania nacional. Todavia, a forma como o texto é redigido permite a dúvida de que se estão criando categorias que relativizam ou condicionam seu cumprimento ao bel prazer de empresas privadas, e para tanto, o rótulo "nacional" contribui para cada ente particular entender a regra como melhor lhe convir.

Fato é que a partir do princípio de interpretação da máxima eficiência da norma de direitos humanos, o vocábulo fatalmente não sobreviveria ao teste de sua comparação com as grandes obras contidas na Declaração e no sistema de Tratados da ONU sobre o tema, de modo que deve soar o sinal de alerta para o jurista quando se depara com esse tipo de expressão no texto legal.

Por fim, alinhamo-nos com a doutrina de Sarlet para quem os direitos e garantias fundamentais constituem-se em cláusulas pétreas implícitas, daí a necessidade deste Decreto passar pelo crivo da constitucionalidade, com vistas a aperfeiçoar-se e, enfim, servir ao cidadão.

5. CONCLUSÃO

Não há como se pensar um sistema de Justiça em separado dos Direitos Humanos. A dignidade da pessoa humana é o fim ao qual se destinam os mecanismos judiciais e a legislação, e não obstante seu conteúdo seja aberto e impreciso, é o vetor máximo de interpretação da Constituição Federativa de 1988; é função precípua da ordem estatal à proteção e promoção da dignidade individual e de uma vida digna[29].

A dignidade da pessoa humana acompanha os direitos humanos nas gerações ou dimensões deste: está na liberdade que o ser humano possui de formatar a sua própria

[29] Nesse sentido, Sarlet, citando L. F. Barzotto, no sentido de que a dignidade da pessoa humana é fundamento e objetivo do estado de direito. op. Cit. p. 80/81

existência e ser sujeito de direitos; está também na igualdade, e nesse sentido de que os seres humanos são iguais em dignidade e que por isonomia não podem ser submetidos a tratamento arbitrário e discriminatório de qualquer tipo, tais como escravidão, discriminações ou perseguições por motivos de crenças, gêneros, dentre outros; ela está no direito de propriedade; nos direitos sociais são o resultado de reivindicações históricas das pessoas a um trabalho em condições dignas; ela também está na proteção do meio ambiente e na sustentabilidade.

Como se percebe, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III) é um dos legados mais contundentes do Constituinte, permeia diversas outras passagens do texto constitucional, destacando-se no contexto do assunto aqui tratado o art. 170 que trata da ordem econômica que tem por finalidade assegurar a todos existências dignas. Trata-se, como apontou José Afonso da Silva, de valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida e que deve ser entendido não como mero enunciado formal, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana (arts. 170, 193, 205).

A afirmação e o reconhecimento da dignidade humana, dada sua característica de universalidade, é um processo contínuo, assimétrico, e em evolução. A essa caminhada corresponde a aparição de direitos, essenciais à personalidade ou à sua expansão plena, ou à subjetivação e precisão de direitos já existentes. A realidade coloca lado a lado direitos, e muitas vezes incompatibilidade entre si, gerando conflitos entre si que são de difícil solução.

No caso em que interesses ou direitos econômicos entram em colisão o que se coloca ombro a ombro, lado a lado num conflito, é a dignidade humana e os direitos de propriedade. Para Pontes de Miranda, as liberdades, e a dignidade humana a elas inerentes, são direitos absolutos, enquanto os direitos de propriedade, por se regularem pela lei, seriam relativos, mas que "[...] se formulam de modo absoluto, apenas cabendo à lei regular as exceções"[30].

Os princípios orientadores sobre direitos humanos e negócios surgiram como forma de afirmar a dignidade da pessoa humana perante o abuso e a impunidade do poder econômico que ante a velocidade dos negócios e mudanças sociais se apresentam sempre sob uma forma diferente (cujo atual é o capitalismo de vigilância da tecnologia, cuja matéria prima é a experiência dos usuários de redes sociais que são vendidas sem o consentimento de

[30] Op. Cit. p.618/619

seus usuários), daí o motivo dos trinta e um princípios se estruturarem em três pilares: proteger, respeitar e reparar (no texto do Decreto 9.571/18 é utilizada a tradução simples para "remediar", todavia esse termo é carente do mesmo sentido jurídico que representa em língua inglesa e a forma mais adequada para entendê-lo seria reparar). Nos dizeres de seu idealizador, John Ruggie[31], se trata de pragmatismo baseado em princípios ao que funciona melhor na criação de mudanças na vida das pessoas, e foram pensados como pontos centrais para que as pessoas se organizassem em torno destes sempre que conflitos envolvendo direitos humanos e negócios surgirem.

A partir dessa concepção fica claro que o legislador obrou sem completo entendimento o ideário que representa os princípios citados. Pior que isso: esse voluntarismo em favor das empresas que impregnou todo texto, funciona muito mais como um salvo conduto para que estas continuem tomando decisões sem se preocupar com o Ser Humano, e fazendo negócios da forma como sempre fizeram, ou seja, visando o lucro financeiro a qualquer preço sem se preocupar com todos àqueles que estão ao seu redor: o homem, o Planeta, o meio ambiente.

A atualidade brasileira tem sido marcada por descompassos. Apesar dos grandes conglomerados financeiros apresentarem lucro recorde estamos longe de aplacar os desafios de uma sociedade que precisa rever todos os seus padrões de consumo; as florestas estão queimando e a raiz disso são os conflitos agrários que precisam ser correta, urgente e lucidamente enfrentados sob pena de comprometer todo meio ambiente que é a maior riqueza deste país; não se pode mais imaginar que nesse universo o decreto em comento propicie às empresas que continuem inimputáveis, fazendo negócios como fazem desde sempre, sem qualquer apreço nem com melhores condições de trabalhos e salários, nem com sustentabilidade, afinal, como estamos aprendendo a duras penas com a atual crise do capitalismo, a visão de lucro financeiro está inviabilizando o capitalismo e levando as Sociedades rumo à pobreza generalizada, haja vista níveis de desigualdade acentuados que .

A ideia em torno da inconstitucionalidade dos artigos citados se mostra alinhada com a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que adotou a tese "pro homine", a de que sempre que irromper um conflito que envolva a violação de direitos humanos se tomará a decisão que for favorável à pessoa, por óbvio, esperamos que as vítimas de Mariana e Brumadinho não sejam esquecidas nesse contexto.

[31] Op. Cit. p.46/47 "[...] direitos humanos não são apenas herança a ser preservada mas também invenção a ser recriada [....] imaginei um modelo de esforços amplamente distribuídos e de mudança cumulativa".

Ao buscar humanizar as relações de negócios, sobretudo empresariais, o que os princípios orientadores visaram foi elevar o capitalismo a outro estágio, e rediscutir a própria ideia de lucro em si, afinal, não há nada errado em ter lucro, muito pelo contrário aliás; é a sua atual configuração que merece ser repensada, afinal, nada justifica a desigualdade em que o mundo se encontra afundado na atualidade.

Partilhamos da visão de Chomsky sobre a pobreza ser a maior crise de direitos humanos que existe no mundo, afinal, os grandes problemas que enfrentamos tem sua raiz nessa mazela de desigualdades que aumenta de forma exponencial em todas as sociedades.

A pergunta que o legislador deveria fazer quando incorporou tais regras no Decreto 9.571/2018 poderia ser: será que é possível pensar numa economia capaz de gerar lucros com ganhos reais para todos os colaboradores de uma cadeia econômica? Afinal, é disso que se trata a ideia original dos princípios orientadores. Há, pois, uma falha teleológica fundamental no que tange o texto original àquele que consta no Decreto, e isso pede uma necessária revisão de constitucionalidade a fim de que, ao se decodificar o diploma legislativo em comento, tal se ajuste em torno da ideia original dos princípios, que é tornar as empresas responsáveis, "accountable", em caso de violações a direitos humanos.

Assim, a incorporação dos princípios pelo Decreto 9.571/2018 é louvável, muito embora, se quiser sobreviver ao teste do tempo e do sentido que um novo capitalismo requer, terá que promover e garantir a dignidade da pessoa humana, devendo, portanto, ser ajustada e calibrada a partir da ideia original dos princípios orientadores.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Madison Anderson Correa Matos do. Os tratados internacionais como fonte dos direitos humanos: uma análise da evolução dos direitos do homem sob o ponto de vista de Jacques Maritain. Cadernos de Direito. Piracicaba. 17(32) 231-261. Jan-Jun. 2017

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 27ª tiragem. Elsevier. Rio de Janeiro. 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 31ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo. 2016

CARVALHO, André Ramos de. Curso de Direitos Humanos. Ed. Saraiva. 6ª ed. P.310/311. São Paulo. 2019

CASTELS, Manuel. A Sociedade em Rede. Paz e Terra. 3ª Ed. São Paulo, 2000.

CHOMSKY. Noam. Human Rights in New Millenium. LSE lecture. 2009

GRIFFIN, James. On Human Rights. Oxford University Press. New York. 2008. Google Books.

GUARDIA, Andrés Felipe Thiago A Dignidade da Pessoa Humana: da Antropologia Filosófica ao Estado Democrático de Direito. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vol. 109.

MARITAIN, Jacques. Os Direitos do Homem e a Lei Natural. Livraria José Olympio. Rio de Janeiro

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. Coimbra

MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda 1/69. Tomo I. Arts. 1º ao 7º. Editora RT. 2ª Edição. São Paulo. 1970

_____ Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda 1/69. Tomo IV. Arts. 118 a 153 § 1º. Editora RT. 2ª Edição. São Paulo. 1970

NUNES, José de Avelãs. Os Trabalhadores e a Crise do Capitalismo. Empório do Direito.

Reports of Cases in Law and Equity Cases Argued and Determined. Supreme Court of State of Georgia. 1855.

ROBINSON, John. The Justification of Separation from the Church of England Against Mr. Richard Bernard. 1639. Google Books.

RUGGIE, John Gerard. Quando Negócios Não São Apenas Negócios: As Corporações Multinacionais e os Direitos Humanos. Ed. Planeta Sustentável. p.31 São Paulo. 2014.

SANDEL, Michael. Justiça. p.154. Ed. Campus. Rio de Janeiro. 2011.

SARLET, ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9ª ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre

_____ Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desfio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBC, São Paulo, n. 4, p. 241-271, jul./dez. 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros. 39ª Edição. São Paulo. 2016

All Rights Reserved ©Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License