

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RICARDO BAZZANEZE

**A LIVRE CONCORRÊNCIA E OS DIREITOS HUMANOS: OS INCENTIVOS
SOCIOECONÔMICOS À AUTONOMIA PRIVADA**

CURITIBA

2022

RICARDO BAZZANEZE

**A LIVRE CONCORRÊNCIA E OS DIREITOS HUMANOS: OS INCENTIVOS
SOCIOECONÔMICOS À AUTONOMIA PRIVADA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de concentração: Direito Econômico e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves

Coorientadora: Dra. Maria da Paula Vaz Freire

CURITIBA

2022

FICHA CATALOGRÁFICA

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Edilene de Oliveira dos Santos CRB/9 1636

Bazzaneze, Ricardo
B364L A livre concorrência e os direitos humanos : os incentivos socioeconômicos à
2022 autonomia privada / Ricardo Bazzaneze ; orientador: Oksandro Osdival Gonçalves
; coorientadora: Maria da Paula Vaz Freire -- 2022
426 f. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2022
Bibliografia: f. 393-426

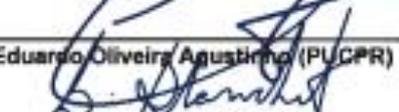
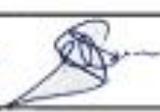
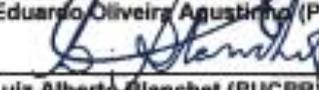
1. Direito econômico. 2. Livre iniciativa. 3. Direito empresarial. 4. Direitos humanos. 5. Consumidores – Preferência. I. Gonçalves, Oksandro Osdival. II. Freire, Maria da Paula Vaz. III. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

CDD 20. ed. – 341.378



PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ATA Nº126/2022 DA DEFESA PÚBLICA DE TESE DO ALUNO RICARDO BAZZANEZE

Aos vinte e cinco dias do mês março de dois mil e vinte e dois, às 15:30 horas, tendo em vista o Estado de Emergência decretado em razão da pandemia do COVID 19, reuniu-se remotamente com a utilização de aplicativo (ZOOM) que permite a interação de todos em tempo real, a banca examinadora constituída pelos professores Dr. Oksandro Osdival Gonçalves (orientador e presidente), Dra. Maria Paula Vaz Freire (co-orientadora - Universidade de Lisboa), Dra. Viviane Séllos (UNICURITIBA), Dr. Luiz Alberto Blanchet (PUCPR), Dr. Ricardo Lupion Garcia (PUCRS) e Dr. Eduardo BAZZANEZE, ingressante no programa de Pós-Graduação em Direito – Doutorado, no primeiro semestre de dois mil e dezoito para a área de concentração "Direito Econômico e Desenvolvimento". O aluno apresentou a tese intitulada: "A LIVRE CONCORRÊNCIA E OS DIREITOS HUMANOS: OS INCENTIVOS SOCIOECONÔMICOS À AUTONOMIA PRIVADA", tendo iniciado com uma exposição sumária da tese e, em seguida, sendo procedida a arguição dos membros da Banca de Avaliação. Após a defesa do trabalho foram atribuídas notas e o doutorando foi **APROVADO** com média **10,0 (A)**. A sessão encerrou-se às 17:00 horas. Para constar a ata vai assinada pela presidente e membros da Banca Examinadora,

Nota:	OXSANDRO OSDIVAL GONCALVES	Assinado de forma digital por OXSANDRO OSDIVAL GONCALVES Data: 2022.04.08 16:24:22 -03'00'
	<hr/> Dr. Oksandro Osdival Gonçalves (orientador e presidente)	
Nota:		
	<hr/> Dra. Maria Paula Vaz Freire (co-orientadora - Universidade de Lisboa) VIVIANE COELHO DE SELLOS	
Nota:	KNOERR	Assinado de forma digital por VIVIANE COELHO DE SELLOS KNOERR Data: 2022.04.07 16:40:29 -03'00'
	<hr/> Dra. Viviane Séllos (UNICURITIBA)	
Nota:		
	<hr/> Dr. Ricardo Lupion Garcia (PUCRS)	
Nota:		
	<hr/> Dr. Eduardo Oliveira Agostinho (PUCPR)	
Nota:		
	<hr/> Dr. Luiz Alberto Blanchet (PUCPR)	

Curitiba, 25 de março de 2022.

Ao meu amado filho Jorge!

AGRADECIMENTOS

Defender esta tese é a realização de sonho acadêmico! Para chegar até aqui, muitas pessoas contribuíram de forma tão valorosa e importante nesse processo, que eu não poderia deixar de agradecê-las, mesmo sabendo do risco de esquecer alguém. Início pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, instituição pela qual fiz toda a minha jornada acadêmica até aqui e que, sem dúvidas, me deu a oportunidade de ser quem sou, assim como a todos os professores, funcionários e colegas com quem convivi e tornaram isso possível!

Ao meu orientador, Prof. Dr. Oksandro Gonçalves, por ter me guiado durante o mestrado e doutorado. Ao longo destes anos, tive a oportunidade de conviver e observar sua paixão pela docência. Tive a sorte não apenas de aprender essenciais lições sobre direito e economia, mas, sobretudo, diversas lições sobre a vida! O Professor Oksandro é um exemplo como pessoa e como professor!

Agradeço e rendo muitas homenagens à minha co-orientadora, Prof. Dra. Maria Paula Vaz Freire, por ter guiado minha jornada, oferecendo seu conhecimento de forma inspiradora. Infelizmente a pandemia impôs o distanciamento físico inesperado por todos, mas isto não impediu de tomar seu conhecimento e refleti-lo em diversas ocasiões desta tese.

Aos membros da banca: Manifesto meus agradecimentos e gratidão ao Prof. Dr. Ricardo Lupion, grande empresarialista, de quem tive privilégio de ter sido ser ouvinte em diversas ocasiões (a maioria delas permitidas por parcerias acadêmicas firmadas pelo Prof. Dr. Oksandro). Sua generosidade acadêmica e cordialidade é algo que marca o meu mestrado e doutoramento; Ao Prof. Dr. Eduardo Agostinho, com quem tive a honra de conviver no PPGD da PUC-PR, de quem pude ouvir instigantes observações sobre a análise econômica do direito e autonomia privada; o Prof. Dr. Luiz Blanchet, meu professor desde a graduação. Um dos pilares do direito administrativo e com quem pude aprender valiosas lições; À Prof. Viviane Sellos, pelo seu conhecimento e disponibilidade, que me muito honra com sua participação nesta banca de doutoramento.

Também devo registrar um especial agradecimento à Prof. Danielle Anne Pamplona, por sua importância na construção da temática direitos humanos e empresas. Sem dúvidas, suas aulas foram imprescindíveis para iluminar os primeiros passos das pesquisas que desenvolvi e que levaram a realizar este estudo.

Aos amigos e colegas do PPGD-PUC/PR, por todos os desafios que superamos juntos.

Aos integrantes do escritório Bazzaneze Advogados. Me sinto realizado por ter a companhia de todos vocês!

Aos meus pais, Nelson e Silvia Bazzaneze, pelo apoio e incentivo aos estudos, certamente este resultado, no seu princípio, é fruto do trabalho deles. À minha irmã, Thaís Bazzaneze, sempre um exemplo de dedicação aos estudos.

A minha esposa Bruna, que me deu suporte para trilhar esta longa jornada, acreditando e confiando neste propósito! Sem ela, certamente, teria sido ainda mais difícil! Esse trabalho, é uma vitória que compartilho com ela.

Ao meu filho, Jorge, que nasceu poucos dias antes da defesa desta tese. Por ter me inspirado a persistir a sempre! Esta é a maior lição.

“A principal divisão, portanto, não é entre Estado e mercados, mas entre regras pró e anticompetitivas, a distinção-chave é entre aquelas que evocam a justificativa do princípio mais elevado e aqueles que não. (...). em resumo, deveríamos nos esforçar para obter melhor Estado e mercados, e para conter cada um dentro de suas esferas respectivas. No entanto, a narrativa simplória Estado-versus-mercado sobrevive, em grande parte porque beneficia interesses velados.”

Luizi Zingales, 2021.

RESUMO

Relativamente à atividade empresarial e o seu vínculo com os direitos humanos, inexistem normativa internacional ou interna que imponha, de forma vinculativa, condutas e sanções por abusos na cadeia produtiva. Tais violações aos direitos humanos, dentre outras repercussões ao indivíduo, geram externalidades negativas para toda a coletividade (vítimas, consumidores e, inclusive, para os concorrentes), pois com a impunidade do agente violador, este “recebe” incentivos para perpetuar suas práticas em detrimento de toda a coletividade em afronta aos fundamentos constitucionais. Assim, sob a perspectiva da Ordem Econômica Constitucional, que permeia e conforma todas as demais relações jurídicas, o objetivo desta tese é investigar se as vantagens concorrenciais não compensadas, que se revertem em favor do infrator, com ganhos de poder de mercado e possibilidade de eliminação/redução dos concorrentes, todas com reflexos na comunidade (mercado, trabalhadores, meio ambiente e, inclusive, nos consumidores), poderiam ser objeto de intervenção, administrativa e/ou judicial, na medida em que Análise Econômica do Direito (AED) dispõe, por pressuposto da maximização racional, que a falta de regulamentação específica e, respectivamente, uma tutela imperativa de cunho repressivo-punitivo para a conduta destas empresas acaba por desincentivar comportamentos éticos e socialmente desejáveis. Bem como, se o direito concorrencial (público e privado) serviria a tal propósito para readequar práticas empresariais ao escopo constitucional e, igualmente, conferir desenvolvimento econômico e justiça (efetiva concorrência) aos agentes com repercussões positivas para os propósitos coletivos. Para se realizar esta investigação, por meio de análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial, através método hipotético-dedutivo, dialético e indutivo, comprovou-se que os objetivos do processo competitivo são plurais e devem coexistir com os “tradicionais”, deste modo, a disciplina deveria [re]surgir com esta nova perspectiva, como peça fundamental no perfil econômico constitucional, resultando na constatação de que a livre-concorrência é considerada como um valor-meio, a servir de valor-fim ao bem comum e ao interesse da coletividade. No plano da concorrência desleal, diante da vinculação *erga omnes* dos direitos humanos ao ordenamento jurídico, aliada à existência de limites explícitos e implícitos ao exercício da atividade empresarial, nos termos do art. 170 da CF, ambos com caráter deontológico e vinculante, consolidam-se (nov)os interesses que devem ser tutelados no exercício da livre iniciativa empresarial, de modo que afastar-se das finalidades da norma ou dos princípios gerais no exercício de um direito levam à ilicitude por seu respectivo abuso, colocando em risco a liberdade de escolha dos consumidores (e indiretamente a coletividade) e os direitos subjetivos dos seus concorrentes, o que autoriza a repercussão indenizatória do ato desleal para sujeitar o infrator ao ressarcimento dos danos (concretos ou potenciais) que decorrerem da sua conduta ilícita em desfavor dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico. Por fim, analisou-se como estas repercussões concorrenciais impactam no seio empresarial, de modo a se orientar a autorregulação privada para conformar a construção de uma cultura de respeito à legalidade e à ética, uma vez que os incentivos para o cumprimento da lei, o que gera uma maior amplitude protetiva em prol dos direitos humanos.

Palavras-chave: Livre concorrência; Empresas e Direitos Humanos; Ordem Econômica; Análise Econômica do Direito; Incentivos.

ABSTRACT

Regarding business activity and its link with human rights, there are no international or internal regulations that impose, in a binding manner, conduct and sanctions for abuses in the production chain. Such human rights violations, among other repercussions for the individual, generate negative externalities for the whole community (victims, consumers and even competitors), because with the violator's impunity, he "receives" incentives to perpetuate his practices in detriment of the whole community in affront to the constitutional foundations. Thus, from the perspective of the Constitutional Economic Order, which permeates and shapes all other legal relationships, the objective of this thesis is to investigate whether the non-compensated competitive advantages, which revert in favor of the offender, with gains in market power and the possibility of elimination/reduction of competitors, all of which impact the community (market, workers, environment and even consumers), could be the object of administrative and/or judicial intervention, insofar as the Economic Analysis of Law (AED) has, on the assumption of rational maximization, that the lack of specific regulation and, respectively, an imperative protection of a repressive-punitive nature for the conduct of these companies ends up discouraging ethical and socially desirable behaviors. As well, whether competition law (public and private) would serve this purpose to readjust business practices to the constitutional scope and, equally, provide economic development and justice (effective competition) to agents with positive repercussions for collective purposes. In order to carry out this investigation, through legislative, doctrinal and jurisprudential analysis, through a hypothetical-deductive, dialectical and inductive method, it was proved that the objectives of the competitive process are plural and must coexist with the "traditional", in this way, the discipline should [re]emerge with this new perspective, as a fundamental piece in the constitutional economic profile, resulting in the realization that free competition is considered as a means-value, to serve as an end-value for the common good and the interest of the collectivity. In terms of unfair competition, given the erga omnes linkage of human rights to the legal system, combined with the existence of explicit and implicit limits to the exercise of business activity, pursuant to art. 170 of the Federal Constitution, both with a deontological and binding character, consolidate (new) the interests that must be protected in the exercise of free entrepreneurial initiative, so that departing from the purposes of the norm or general principles in the exercise of a right leads to the illegality of its respective abuse, jeopardizing the freedom of choice of consumers (and indirectly the collectivity) and the subjective rights of its competitors, which authorizes the repercussion of the unfair act to indemnify the offender to compensate the damages (concrete or potential) arising from their unlawful conduct to the detriment of the legal interests protected by the legal system. Finally, it was analyzed how these competitive repercussions impact the business environment, in order to guide private self-regulation to conform the construction of a culture of respect for legality and ethics, since the incentives for compliance with the law, the that generates a greater protective scope in favor of human rights.

Key-words: Free competition; Business and Human rights; Economic Order; Economic Analysis of Law; Incentives.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED	Análise Econômica do Direito
BHHRC	Business & Human Rights Resource Centre
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CF	Constituição Federal
CC	Código Civil Brasileiro
Corte IDH	<i>Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CJUE	Corte de Justiça da União Europeia
CPC	Código de Processo Civil
ECOSOC	Conselho Econômico e Social
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
TNCs	Direito Internacional dos Direitos Humanos
ICCAL	Ius Constitutionale Commune na América Latina
NORMAS	Normas sobre Responsabilidades em Direitos Humanos das Empresas Transnacionais e Outros Empreendimentos Privados
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ODS	Objetivos de desenvolvimento sustentável
ONU	Organização das Nações Unidas
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PIDESC	Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PIDCP	Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos
PCN	Ponto de Contato Nacional
RESG	Representante Especial sobre questões dos Direitos Humanos e Corporações Transnacionais e outras Empresas
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal

STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJAL	Tribunal de Justiça do Estado do Alagoas
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TUE	Tratado da União Europeia
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development (Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento)

SUMÁRIO

B1 INTRODUÇÃO	16
2 DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS	26
2.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS HUMANOS	28
2.2 O BLOCO PROTETIVO DOS DIREITOS HUMANOS	34
2.2.1 Positivção internacional: Declaração da ONU e os Tratados Internacionais em matéria de Direitos Humanos	38
2.2.2 Sistema Interamericano de Direitos Humanos: A atuação da Corte e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos	44
2.2.3 A incorporação e hierarquia dos tratados sobre direitos humanos no Brasil e o exercício do Controle de Convencionalidade	54
2.3 NORMAS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL E INTERNO.....	66
2.4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A PERSPECTIVA DA CORTE IDH.....	81
2.5 A CORTE IDH EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS	89
2.6 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: A INCLUSÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL.....	94
2.6.1 A regulação do mercado em favor dos direitos humanos: uma inclusão ética- vinculante para a atividade empresarial	102
2.6.2 Disposições constitucionais conformadoras que envolvem direitos humanos e a atividade empresarial	113
2.6.3 A (insuficiente) legislação brasileira em matéria de direitos humanos e empresas e a análise comparada da lei francesa “<i>duty of vigilance</i>”	127
2.6.4 A jurisdição universal como resposta à <i>cegueira deliberada</i> dos países e empresas aos abusos de direitos humanos cometidos por empresas	135
2.7 ANÁLISE ECONÔMICA DA INEFICIENTE TUTELA PARA EMPRESAS QUE VIOLAM OS DIREITOS HUMANOS E A NECESSIDADE REGULATÓRIA PELO DIREITO INTERNO.....	142

3 A PROTEÇÃO (IN)DIRETA DOS DIREITOS HUMANOS PELO DIREITO CONCORRENCIAL	154
3.1 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: O PODER DE MERCADO, ESTRUTURAS E CONDUTAS	159
3.1.1 Controle de estruturas	164
3.1.2 Controle de condutas	170
3.2 AS ESCOLAS TEÓRICAS DO ANTITRUSTE E SUA INFLUÊNCIA NA TUTELA DA CONCORRÊNCIA.....	174
3.3 O ANTITRUSTE COMO INSTRUMENTO PARA O DESENVOLVIMENTO – A PERSPECTIVA DA TEORIA CONCORRENCIAL REVISIONISTA.....	186
3.4 A DEONTOLOGIA CONSTITUCIONAL CONFORMADORA QUE (RE)INTRODUZ OS DIREITOS HUMANOS AO ESPECTRO DO DIREITO CONCORRENCIAL	196
3.4.1 A revisão dos conceitos de poder de mercado, eficiência, bem-estar a partir do direcionamento constitucional do antitruste em prol dos direitos humanos	207
3.4.2 Atividade empresarial vinculada aos direitos humanos: a necessária mudança paradigmática do Cade para uma necessária regulação concorrencial	223
3.4.2.1 Da inafastabilidade regulatória do Cade e a sua compatibilidade com outros entes regulatórios (administrativos e judiciais)	228
3.4.2.2 A análise do ilícito concorrencial segundo a regra <i>per se</i>	231
3.4.2.3 A pluralidade de objetivos do processo competitivo <i>vs.</i> bem-estar do consumidor...	237
3.4.2.4 Notas conclusivas: Direitos Humanos como regra de ouro para intervenção regulatória - a superação do reducionismo antitruste	244
4 A TUTELA PRIVADA PARA OS ATOS ANTICONCORRENCIAIS	251
4.1 A CONCORRÊNCIA DESLEAL: CONCEITO E INTERESSES PROTEGIDOS	253
4.1.1 Previsão legal da concorrência desleal no ordenamento jurídico	258
4.1.2 A concorrência sobre bases ilícitas: a violação de direitos humanos por empresas como ato ilícito para a concorrência leal	263
4.1.3 O recurso à responsabilidade civil como instrumento protetivo dos atos concorrenciais sobre bases ilícitas	276
4.1.4 Elementos do nexa causal entre o ilícito e o dano: Relação de concorrência (geográfica e material) e existência de clientela (real ou potencial)	279

4.1.5 A função da tutela inibitória (responsabilidade civil sem dano): sanção reputacional	
290	
4.1.6 O dano e o direito de ser indenizado	295
4.1.6.1 Danos patrimoniais impostos ao concorrente lesado.....	297
4.1.6.2 Danos morais devidos ao concorrente lesado.....	303
4.1.6.3 Danos extrapatrimoniais: a remoção completa dos ilícitos lucrativos pela teoria do <i>disgorgement of profits</i>	310
4.1.6.4 As necessárias ponderações utilitárias a respeito do <i>enforcement</i> privado e inafastabilidade da tutela pública	322
4.2 INCORPORAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO <i>CORE BUSINESS</i> POR MEIO DA AUTOTUTELA E OS REFLEXOS PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO	330
4.2.1 Iniciativas protetivas voluntárias de <i>soft law</i> (responsabilidade social corporativa: <i>environmental, social and corporate governance [ESG]</i>)	335
4.2.2 O <i>bluwashing</i> e a concorrência desleal: a mutação das iniciativas voluntárias para vinculadas em face de proclamações empresariais éticas direcionadas ao mercado e aos consumidores e os mecanismos para proteger, remediar e punir violações de direitos humanos	344
4.2.3 A incorporação dos direitos humanos no espírito empresarial por meio da autotutela contratual – cláusulas contratuais éticas e sua instrumentalização legítima e válida por mecanismos de <i>due diligence</i>	358
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	378
REFERÊNCIAS	393

1 INTRODUÇÃO

Apesar do crescente número de violações aos direitos humanos praticadas por empresas, com participação direta ou indireta dos Estados, pouco conseguiu se avançar no cenário internacional e interno para exigir, de maneira vinculativa, medidas capazes de prevenir, monitorar ou remediar os abusos de direitos humanos nas cadeias produtivas. Um dos documentos internacionais mais recente é datado de 2011, quando a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio do Conselho de Direitos Humanos, aprovou os princípios orientadores para empresas e direitos humanos, elaborados por John Ruggie, enquanto Representante Especial sobre questões dos Direitos Humanos e Corporações Transnacionais e outras Empresas (RESG). Este documento implementa um programa, com três pilares fundamentais, “proteger, respeitar e reparar” que tem o intuito de orientar os Estados e as corporações sobre as práticas empresariais e a sua relação com os direitos humanos.

Segundo o princípio orientador n. 13, a violação de direitos humanos por empresas pode ocorrer de três formas: (1) a corporação pode causar o impacto, através de suas atividades; (2) pode contribuir para o impacto, através de suas atividades – seja diretamente ou por meio de outra entidade; e (3) pode simplesmente encontrar-se envolvida no impacto causado por entidade com a qual tenha relações de negócio e com ela se ligue por suas operações, produtos e serviços. Destarte, os casos de violação de direitos humanos por empresas se relacionam, por exemplo, mas não somente, aos direitos dos trabalhadores, tendo direito a um meio ambiente de trabalho seguro, demissões em massa sem pagamento; direito de justa remuneração (pagamento abaixo do mínimo legal); não pagamento de horas extras; trabalho infantil; direito de não discriminação; os direitos também podem ser não-laborais, por exemplo, direito à vida e segurança, direito a um julgamento justo, direito de liberdade de consciência e religião, direito ao meio ambiente equilibrado, entre outros.

Deve-se esclarecer que para o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), cumpre aos Estados o dever de prevenir, monitorar ou remediar os abusos cometidos por empresas, enquanto às empresas remanesce, tão somente, uma responsabilidade moral de respeitá-los. Desta forma, as organizações internacionais deixam para os Estados, internamente, o dever de elaborar suas próprias medidas para esta finalidade para impedir e/ou mitigar seus impactos. Apesar disto, a grande maioria dos Estados, inclusive o brasileiro, não aderem

integralmente ao sugerido pelos princípios orientadores da ONU e deixam de tutelar especificamente a matéria, o que acaba se tornando um grande problema de incentivo à estas condutas. Na prática, é possível afirmar que, além da impotência em reforçar certas políticas, parte dos abusos acontecem porque os Estados falham na garantia dos direitos humanos por razões que vão desde a cumplicidade direta com as violações até o temor pela perda de competitividade na atração de investimentos e seus consequentes efeitos econômicos, num contexto em que a atração de investimentos é um elemento incontornável nas disputas entre nações no âmbito global. Além da inexistência de uma legislação cogente (*hard law*), capaz de, especificamente, regular condutas e impor sanções, os agentes econômicos valem-se de seu poderio econômico para se esquivar de reparar integralmente as externalidades negativas decorrentes de sua atuação ilícita, quando muito, arcando com multas irrisórias se comparadas aos lucros auferidos com esta usurpação.

Assim, de variadas formas, as empresas conseguem reverter tais violações em vantagens concorrenciais para si, conforme cada caso concreto, como, por exemplo: i) com a redução dos custos de produção, podendo praticar preços menores – até em níveis difíceis ou impossíveis de serem alcançados por seus concorrentes – ou dispor do valor “economizado” para emprego em novos ativos, no desenvolvimento de tecnologias, entre outras vantagens; ii) com o acesso a matéria-prima inacessível a seus concorrentes, ou em quantidade maior do que os limites legais permitem, podendo reverter essa vantagem indevida em oferta mais abundante ou na melhora da qualidade de seus produtos ou dos preços, ou, ainda, na oferta de produto novo, inalcançável por aqueles que respeitam as normas legais; e iii) prejudicando ou inviabilizando a exploração de determinados recursos (ex.: ambientais) por seus concorrentes que respeitam as normas (trabalhistas e ambientais), pois ao explorá-los em desacordo com a lei ou de forma abusiva, tornam-no mais escassos, com reflexos em seu preço.

Pode-se conceber, portanto, que a oferta de bens e serviços é realizada com má alocação de recursos, sem que o preço da atividade reflita o custo social imposto à coletividade (vítimas diretas e indiretas, consumidores e os demais concorrentes), devendo ser considerada como uma prática anti-jurídica - juridicamente predatória -, pois a formação do preço, artificialmente, alcança margens superiores – somente possível mediante a redução de seus custos a partir da violação da dignidade da pessoa humana – traduzindo-se em uma vantagem não competitiva para o concorrente infrator que, se impune, “recebe” incentivos para perpetuar tais práticas.

Assim, revela-se falsa e duplamente perversa a afirmativa de que exista concorrência efetiva entre as empresas que respeitam e as que não respeitam direitos humanos, pois tais violações propiciam o domínio de mercado pelas empresas violadoras em razão das vantagens concorrenciais obtidas mediante tais atos ilícitos que se retroalimentam, fazendo com que triunfem no mercado, justamente, as empresas mais danosas à ordem econômica e, conseqüentemente, à coletividade.

O estado da arte demonstra que as questões concorrenciais permanecem impermeáveis a argumentos substantivos de natureza constitucional, como são os direitos humanos, dado que a análise antitruste, por longínqua aderência aos pressupostos epistemológicos da Escola de Chicago, baseia seus processos decisórios exclusivamente em critérios consequencialistas de eficiência econômica, cuja aplicação pragmática e consequencialista deste ramo contrasta com o ordenamento jurídico e o próprio espírito da Lei n. 12.529/2011, que renovou o interesse sobre a questão dos fins e dos fundamentos do controle do poder econômico, bem como da metodologia a ser empregada pelo órgão regulatório.

Todavia, muito embora os objetivos econômicos sejam absolutamente lícitos e desejáveis, o desenvolvimento das atividades, em sua essência, deve se encontrar sob o manto conformador da ordem econômica constitucional, devendo observância imperativa aos direitos humanos fundamentais, onde o ambiente negocial adequado será aquele em que a concorrência ocorra de fato; onde empresas respeitam os valores fundamentais da República como a dignidade da pessoa humana e que buscam padrões éticos de atuação, devendo, deste modo, incorporar os pilares de proteção, preservação e reparação de todas as suas violações ocorridas na sua cadeia produtiva. Desta forma, a atividade empresarial será considerada legítima, quando o projeto do empresário for compatível com o igual direito dos outros empresários e, mais que isso, for propulsora positivamente aos demais membros da sociedade, para que também realizem os seus respectivos projetos de vida, já que a dignidade da pessoa humana decorre da intersubjetividade dos direitos de todos e da interpenetração entre liberdade e igualdade por meio de critérios de justiça social.

A tutela de eficiência do mercado, deste modo, deve-se realizar pelo direito da concorrência englobando um conjunto de regras que devam garantir que a competição não seja falseada por meio de práticas colusórias ou abusivas. As normas de defesa da concorrência não se orientam pelo objetivo de aproximar o mercado da concorrência perfeita, mas, sim, em

promover a concretização de um ambiente de concorrência efetiva, isto significa que não devem existir benefícios privados às custas da diminuição do bem-estar individual e coletivo, especialmente quando se considera a supremacia e intangibilidade dos direitos humanos, que impedem a sua exploração dos direitos humanos, nem mesmo para resultados mais eficientes.

Diante destas situações em que as vantagens não compensadas se revertem em favor do infrator, com ganhos de poder de mercado e possibilidade de eliminação/redução dos concorrentes, todas com reflexos na comunidade (mercado, trabalhadores, meio ambiente e, inclusive, nos consumidores), indaga-se se existe a possibilidade de ocorrer a intervenção, administrativa e/ou judicial, para pôr fim aos atos reprováveis na cadeia produtiva que formam os preços e às práticas predatórias de preços, na medida em que se compreende, por pressuposto, que a falta de regulamentação específica e, respectivamente, uma tutela imperativa de cunho repressivo-punitivo para a conduta destas empresas, acaba por desincentivar comportamentos éticos e desejáveis coletivamente. Bem como, se o direito concorrencial (público e privado) serviria a tal propósito para readequar práticas empresariais ao escopo constitucional e, igualmente, conferir desenvolvimento econômico e justiça (efetiva concorrência) aos agentes com repercussões positivas para a coletividade.

A partir do acima exposto, a investigação desta tese se justifica e tem por objetivo geral enfrentar uma face “adormecida” do direito concorrencial, nos seus âmbitos público (antitruste) e privado (concorrência desleal), para demonstrar que o abuso de direitos humanos na cadeia produtiva viola a Ordem Econômica Constitucional, a livre concorrência e, por consequência, os concorrentes, atraindo, outrossim, a possibilidade de se aplicarem medidas corretivas (sanções administrativas e indenizações privadas) em face dos infratores.

A problemática da pesquisa, nada obstante, consiste na impermeabilidade do direito concorrencial à outros valores que não sejam os de eficiência econômica, pressupostos pela escola neoclássica de Chicago, consistente na proteção do processo competitivo exclusivamente em função de disponibilizar o maior benefício econômico aos consumidores, pois o direito concorrencial não pode e não deve ser o principal meio de endereçamento de objetivos desenvolvimentistas ou, *in casu*, uma ferramenta para lidar com violações aos direitos humanos na cadeia produtiva.

Para encontrar as respostas ao problema são feitas as seguintes indagações:

(i) A tutela dos direitos humanos é responsabilidade exclusiva do Estado ou também se estende aos particulares? Quais as normas e responsabilidades relacionadas aos Estados e aos particulares no âmbito internacional? (ii) No direito brasileiro, quais são os mecanismos jurídicos de prevenção e reparação das violações de direitos humanos por empresas? Estes meios podem ser considerados eficientes? (iii) Quais as finalidades do direito concorrencial brasileiro? Devem e estão alinhadas com os preceitos constitucionais? (iv) A prática abusiva de direitos humanos por empresas pode ser considerada um ato de anticoncorrencial sujeito à regulação pública e privada por violação da ordem econômica? Quais os requisitos para a configuração deste ilícito? (v) Como a caracterização do abuso de direitos humanos por empresas no espectro concorrencial pode impactar a autonomia privada e projetar uma mudança efetiva no comportamento empresarial?

A hipótese deste trabalho se centra na admissão de que as relações de exploração e abuso dos direitos humanos podem mostrar-se como causa, instrumento ou consequência do exercício de poder econômico, razão pela qual existe a possibilidade de as empresas violadoras de direitos humanos serem processadas, conforme o caso concreto, por ato anticoncorrencial tanto na esfera pública quanto na esfera privada (concorrência desleal), atraindo a possibilidade de responsabilização pelos danos decorrentes deste comportamento anticompetitivo.

O permissivo hermenêutico se encontra na irradiação dos direitos fundamentais sobre todo o sistema normativo traduzindo-se numa ação conformadora que a Constituição exerce sobre todas as esferas do ordenamento jurídico, inclusive nas relações privadas. Portanto, dentro da Ordem Econômica Constitucional, cuja finalidade é assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, se impõe que os titulares de poder econômico tenham responsabilidades não apenas perante os seus concorrentes e os consumidores, mas também perante a sociedade como um todo. Trata-se de eficiência distributiva aplicada ao direito concorrencial em superação a experiência da eficiência alocativa, cuja aplicação se torna premente casos de abuso de direitos humanos por empresas.

Na regulação econômica¹, cuja finalidade é a prossecução do interesse público, orientando-se pela maximização do bem-estar social, enquanto imperativo moral de supremacia de determinados interesses coletivos sobre interesses privados com ele conflitantes. Serão as falhas de mercado que reclamarão a intervenção reguladora, servindo como instrumento de correção dos efeitos da concorrência imperfeita, desequilíbrios de mercado, falta de mercado e da produção de resultados indesejáveis. Portanto, é sob o prisma do interesse público que a regulação se legitima enquanto instrumento de prevenção e de correção de efeitos socialmente indesejáveis, promovendo eficiência social e econômica. As normas de defesa da concorrência, orientadas por finalidades econômicas para maximização do bem-estar, visam a manutenção do ambiente concorrencial, protegendo o mercado contra os comportamentos que afrontem seus pressupostos de liberdade e lealdade para com os agentes econômicos, garantindo que estes possam obter vantagens a partir do seu mérito.

A concorrência preocupa-se com o exercício de poder de mercado de maneiras que parecem amplamente fora dos postulados de direitos humanos. No entanto, uma vez que os direitos humanos, sobretudo relacionados à cadeia produtiva, são sobre o bem-estar das pessoas, e como os mercados também são sobre as pessoas, é possível que eles possam se afetar. Se determinadas prerrogativas empresariais afetam os direitos humanos, qualquer impacto do direito da concorrência na atividade empresarial, por sua vez, afetará os direitos humanos, uma vez que todos os direitos são indivisíveis e afetam um ao outro. É a partir do diálogo que se encontra o liame entre empresas e direitos humanos, haja vista a compreensão dos direitos humanos e do direito concorrencial a partir dos fundamentos constitucionais.

A justificativa pelo ramo do direito concorrencial reside nos instrumentos que permitam a flexibilização necessária para adequar a realidade mutável do contexto socioeconômico no

¹ “Teoria da Regulação Econômica possui duas premissas importantes: a) o recurso básico do Estado é o seu poder de coerção; e, b) o ser humano tende a tomar decisões racionais a seu favor. Disso decorre uma variação que é a Teoria da Captura, porque nas duas premissas anteriores é possível convencer o Estado a direcionar seu poder de coerção a favor de interesses e também buscar direcionar as decisões do regulador em favor da promoção da sua riqueza (Pinheiro, 2015). Essas considerações não descurem do fato de que a regulação vise proteger e beneficiar o público, ou seja, a sociedade. É mais, a regulação também é uma espécie de demanda social para mitigar o sofrimento das pessoas em relação aos abusos praticados pelos regulados à procura do bem-estar maior social (Pinheiro, Peleias, Silva y Martins, 2015). Por isso o combate ao trabalho escravo, pela sua repugnância, enseja a atuação mais aguda do regulador através de sanções que possam ser eficientes para evitar a sua ocorrência. Assim, o trabalho escravo é uma falha de mercado que afeta significativamente o bem-estar de outro agente econômico e esse efeito não é transferido em razão do preço, podendo tal externalidade ser positiva ou negativa (Silva, 2013).” GONÇALVES, Oksandro; SILVA, Ricardo Murilo da. Enforcement privado, sanção reputacional e trabalho escravo.” *Revista chilena de derecho del Trabajo y de la seguridad social*. Chile: Vol. 11 Núm. 21, pp. 117-134, Primer Semestre/2020. p. 124.

qual se esteja inserido. Em que pese as relações mercantis serem pautadas pelos princípios gerais da atividade econômica da livre iniciativa e livre-concorrência, ambos previstos na Constituição Federal, desde a sua origem, o direito comercial liga-se ao mercado ordenando a dinâmica estabelecida entre os mercadores. Assim, seu propósito é tutelar o tráfego econômico, ou seja, a defesa do interesse geral do comércio, garantindo o funcionamento do mercado, tutelando os agentes que buscam incrementar as garantias para a atuação no mercado. Por imposição constitucional, desta forma, não pode ser apenas um mero instrumento de defesa de mercados ou de eficiência econômica – qualquer que seja o sentido que se atribua a tais expressões -, assim como não pode ser instrumento flexível de implementação de qualquer tipo de política econômica, totalmente isolado e alheio aos demais princípios da Ordem Econômica. É desta forma que se encontra abertura para investigar o objetivo desta tese, através dos preceitos da Constituição Federal, que regram a realidade brasileira, e dos quais se extrai que os princípios da livre iniciativa e livre concorrência são instrumentais à promoção da dignidade da pessoa humana, conforme os ditames da justiça social.

A regulação, desta forma, impõe a busca por um mercado competitivo efetivo (justo) e, também, visa direcionar a atividade econômica para o cumprimento de políticas públicas e necessidades sociais preponderantes para o atingimento de fins de interesse comum. A defesa dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana também se inserem nos (princípios, meios e) fins Constitucionais e, por isto, permeiam a fundamentação no antitruste brasileiro. A conexão intrínseca entre este fator e a atividade econômica é perceptível também no plano prático, sendo inúmeros os desdobramentos que a ofensa a tais direitos pode ter em face da coletividade, tanto na esfera pública do direito concorrencial quanto no seu aspecto privado, por meio da concorrência desleal.

As consequências decorrentes da falta de instrumentos efetivos de controle e responsabilização da atuação das empresas que violam direitos humanos na sua cadeia produtiva e seus reflexos para a sociedade devem ser analisadas sob referencial teórico da Análise Econômica do Direito (AED), em especial a teoria dos incentivos, cujos pressupostos da racionalidade limitada estabelecem que os agentes estão conscientes de suas preferências e operam de forma racional para promovê-las. A partir dessa suposição de maximização racional, derivam princípios econômicos centrais – incluindo-se a proposição de que os indivíduos não agirão, a menos que o benefício esperado da ação supere o seu custo, pois eles comparam os

custos da atividade com os benefícios esperados e assumem o risco de uma conduta ilícita quando seus ganhos superarem os custos. A presença de custos, por sua vez, pode impedir a transação ou impor condições diferentes.

Neste cenário socioeconômico, pretende-se demonstrar como resultado desta tese, que a regulação – pública e privada - do ambiente concorrencial atenderá tanto aos fins Constitucionais da atividade econômica, tendo-se a possibilidade de imposição de um custo indesejável – financeiro e/ou moral - indesejável ao infrator por meio da reparação dos danos causados, dentre outras medidas possíveis, que lhe induzirá na (re)tomada de um comportamento socialmente desejável.

Para se realizar esta investigação e chegar ao objetivo da presente tese, a pesquisa se realizará por meio de revisão bibliográfica da lei, doutrina e jurisprudência, pelo método hipotético-dedutivo, dialético e indutivo, partindo-se da análise do sistema internacional de proteção dos direitos humanos e empresas e, na sequência, avançar para uma leitura sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro, com os ditames da Constituição e, respectivamente, da legislação infraconstitucional, especialmente a lei do antitruste (12.529/2011), da propriedade industrial (9.279/1996) e o Código Civil brasileiro (10.406/2002). Assim, o conteúdo desta tese se encontra dividido em três capítulos, abaixo estruturados:

O primeiro capítulo (2), abordará o conceito de direitos humanos a partir de postulados internacionais e nacionais; para tanto, apresenta-se o seu bloco protetivo e a forma de positivação no sistema internacional, bem como, a incorporação dos tratados sobre direitos humanos no Brasil e o exercício do Controle de Convencionalidade, arcabouço teórico que demonstra os aspectos de existência e validade destes direitos no âmbito internacional e interno; torna-se necessário demonstrar a aderência vinculante às relações privadas e, respectivamente, às empresas nas atividades corporativas com a inclusão dos direitos humanos na Ordem Econômica Constitucional, englobando uma perspectiva conformadora, ética-vinculante.

Estabelecidas as premissas constitucionais e convencionais, se prossegue com a análise do Decreto n. 9.571/2018, que promulgou as diretrizes nacionais sobre os Direitos Humanos no Brasil, as quais devem ser implementadas de forma voluntária pelas empresas, confrontando-o com a Lei de Vigilância Francesa. Dado que ambas as legislações carecem de *enforcement*, apresenta-se a alternativa da jurisdição universal, utilizada pontualmente – em outras jurisdições - para punir as violações de direitos humanos. Encerra-se o primeiro capítulo

discorrendo-se a respeito das consequências decorrentes da insuficiente e ineficiente tutela dos direitos humanos, tornando-se necessário buscar respostas “indiretas” junto ao plano do direito interno.

O segundo capítulo (3), busca proteção dos direitos humanos contra abusos de empresas e obtenção de vantagens anticompetitivas, sem prejuízo de outras frentes, na sua inclusão regulatória, sujeitando os concorrentes a aplicação das regras cujas obrigações lhe sejam executáveis e sujeitas às penalidades cabíveis. Esta perspectiva de conexão entre os direitos humanos e as regras de mercado, em um sistema conformador, concretiza o estudo do direito convencional e constitucional, despertando uma perspectiva inovadora ao direito empresarial-concorrencial, inserindo nas relações econômicas um elemento ético ao comportamento dos agentes.

Para se permitir visualizar esta nova perspectiva e compreender a interação dos direitos humanos com a livre concorrência, se aborda a função do antitruste, sua estrutura, seus objetivos e finalidades, para, após, (re)estabelecer sua conexão aos objetivos, princípios e valores perseguidos pela ordem econômica constitucional, tornando-o um instrumento de desenvolvimento apto a (re)introduzir os direitos humanos ao espectro do direito concorrencial; Com esta nova abordagem, permite-se rever conceitos de poder de mercado, eficiência e bem-estar e, desta maneira, discorrer a respeito da inafastabilidade regulatória do Cade para análise do ilícito concorrencial, dentre outras premissas, segundo a regra *per se* e da pluralidade de objetivos do processo competitivo. Por fim, superada a visão reducionista do direito antitruste, se estabelece os direitos humanos como regra de ouro para intervenção regulatória.

O terceiro capítulo (4), discorre sobre a tutela privada para os abusos direitos humanos por meio da concorrência desleal, cujo objetivo não é apenas sancionar as violações dos direitos de terceiros de propriedade individual ou reprimir as violações das regras de conduta honestas de acordo com as práticas comerciais prevalecentes, mas também visa evitar as distorções da liberdade de concorrência no mercado.

Para tanto, se apresenta a previsão legal, o fundamento da concorrência desleal sobre bases ilícitas, o recurso à responsabilidade civil como resposta protetiva destes atos ilícitos, os elementos do nexo de causalidade entre o ilícito e o dano, a função da tutela inibitória como uma responsabilidade sem dano e, respectivamente, uma sanção reputacional e, por fim, os aspectos do dano e o direito de ser indenizado enquanto concorrente lesado pela prática

concorrencial ilícita. Nesta seara, dispõe-se sobre os danos patrimoniais efetivos, danos morais, danos extrapatrimoniais com objetivo de remover completamente o ilícito lucrativo do concorrente ofensor e, por fim, se realizam ponderações utilitárias sobre o *enforcement* privado e a inafastável tutela pública.

Trilhado os caminhos - público e privado - para se responsabilizar as violações concorrenciais, a tese se encaminha para o final dispendo sobre os meios para uma efetiva incorporação dos direitos humanos no *core business*, através da autotutela dos agentes econômicos. São analisadas iniciativas protetivas voluntárias como a responsabilidade social corporativa: *environmental, social and corporate governance [ESG]*; as práticas de *bluewashing* como ato desleal, em virtude das proclamações éticas direcionadas ao mercado e aos consumidores, tornando-as obrigatórias; e, por fim, a instrumentalização de uma legítima e válida incorporação dos direitos humanos no espírito empresarial através das cláusulas contratuais éticas, que determinam o reforço no dever de conduta às obrigações excepcionais do ponto de vista socioeconômico.

Em conclusão, a tese confirma a hipótese, encontra os fundamentos e disponibiliza as ferramentas, no direito concorrencial público e na tutela privada (concorrência desleal), para que os concorrentes lesados possam buscar a reparação dos danos sofridos concorrencialmente pelo abuso de direitos humanos na cadeia produtiva. Esta nova perspectiva se direciona com a ideologia político constitucional e, além de reparar os danos concorrenciais, contribui para o propósito coletivo, detendo os comportamentos socioeconômicos indesejáveis e promovendo a dignidade da pessoa humana.

2 DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS

O reconhecimento dos direitos humanos é apenas o primeiro passo para a sua concretização – embora, sem dúvidas, um passo muito importante. No entanto, ao menos que os detentores destes direitos tenham acesso efetivo a mecanismos de reparação contra violadores de direitos humanos, os direitos nada mais são do que uma promessa vazia. Essa afirmação também se revela verdadeira para o campo dos negócios e dos direitos humanos, onde tanto as empresas quanto os Estados continuam a demonstrar fraca vontade política para enfrentar os impactos negativos das atividades empresariais sobre os direitos humanos.² Assim, é cada vez mais importante compreender a necessidade de que as normas devem ser editadas e aplicadas sob a égide de uma realidade dominada por forças globais dinâmicas, que transcendem os marcos institucionais e nacionais que se demonstram insuficientes para moldar, conformar e regular a economia para reduzir incertezas, estabilizar expectativas e gerar confiança de um mundo melhor e mais justo para a toda a sociedade.³

Esse caminho, trilhado nas décadas de 60 e 70, foi pavimentado por outras situações que levaram à atividade transnacional das empresas, ao outsourcing de sua produção, e ao aumento exponencial de lucros. A consequência disso é o aumento do poder econômico de tais entes privados, em detrimento do poder político exercido pelos Estados. Aos poucos, fica claro que tais atividades econômicas podem se envolver com abusos de direitos humanos sem que haja mecanismos domésticos ou internacionais que possam responsabilizá-las.⁴

Para tanto, a temática dos direitos humanos e empresas visa estabelecer responsabilidades corporativas que possam mitigar e prevenir os impactos adversos da atividade empresarial em pessoas e nas comunidades, envolvendo não apenas as empresas, mas também os Estados e a sociedade civil para se promover a análise da conduta corporativa frente aos princípios de direitos humanos universalmente reconhecidos e incorporados em um conjunto chave de tratados internacionais e normas nacionais (constitucionais e infraconstitucionais).⁵ Na perspectiva desta tese, parte-se da concepção de até então, inexistir

² DEVA, Surya. Empresas y derechos humanos: Algunas reflexiones sobre el camino a seguir. *In*: RIVERA, Humberto Cantú (org.). **Derechos Humanos y Empresas**: Reflexiones desde América Latina. Instituto Interamericano de derechos humanos. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017. p. 32.

³ FARIA José Eduardo. **Sociologia Jurídica**: Direito e Conjuntura. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 5-6.

⁴ PAMPLONA, Danielle Anne. Um projeto comum para América Latina e os impactos das empresas em direitos humanos, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 09, n. 02, ag., 2019, 285-301. p. 286.

⁵ RAMASTRY, Anita. Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability. **Journal of Human Rights**, v. 14, n. 2, 237-59, 2015. p. 247.

de uma ordem normativa específica, internacional ou doméstica, com a efetiva capacidade de responsabilizar empresas pelos abusos cometidos aos direitos humanos.⁶

Diante desse cenário de debilidade dos Estados e da comunidade internacional frente aos grandes conglomerados empresariais, em especial no tema de proteção dos direitos humanos, surge a necessidade de se pensar em mecanismos alternativos de controle, que permitam aos governos voltar a deter certa margem de domínio sobre a atuação empresarial, seja para evitar, seja para responsabilizar eventuais abusos e violações destes direitos ou, ainda, incentivar condutas empresariais positivas.⁷ Dentre os mecanismos disponíveis, pretende-se confrontar os direitos humanos e a atividade empresarial ao manto da Ordem Econômica Constitucional, submetida de maneira deferente às normas internacionais, e, especificamente, orientando o direito concorrencial, de cujos postulados legislativos presentes no ordenamento jurídico pátrio seriam capazes de impor uma mudança no paradigma atual e, assim, subsidiarem a proteção dos direitos humanos às empresas:

A feature of globalization has been the proliferation of transnational corporations and multinational business. There are numerous examples of the power wielded by business – from mining and natural resource exploitation through to trade agreements. The importance of global business, from a human rights perspective, lies in the economic and political power it can exert. This can be particularly apparent in less-developed countries. Large infrastructure projects may be funded by external stakeholders (building roads and railways, for example). Large business are often involved in extracting energy, minerals, and other natural resources in States. With improved communications, transnational finance, and opportunities for quickly transmitting goods, there have been numerous examples of shocked discovering their purchase has involved child labour, transportation round the world, countries with a poor human rights record, and so on. Indeed, there are examples of businesses being shocked to discover the same of their production line due to outsourcing and sub-contracting (or simply through the business not undertaking human rights impact analyses).

There have been many initiatives over the years which have attempted to provide guidelines for business in the hope that more human rights compliant, fair trade, or ethical considerations are prioritized in business transactions. (...). This illustrate a challenge with these voluntary codes: there is not necessarily a remedy for the alleged victims of any human rights abuses.

⁶ “se considera inviable el control normativo de las empresas transnacionales por parte de los Estados y de la comunidad internacional, tanto por la pérdida de soberanía de los mismos, como por la fragilidad de las instituciones internacionales, totalmente colonizadas por la lógica de la voluntariedad e incapaces de disciplinar a las corporaciones económicas”. ZUBIZARRETA, Juan Hernández. **Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales.** Madrid: Hegoa, 2009. p. 311.

⁷ “Teoria dos Incentivos explica que, quando existe um custo para executar certa tarefa, os agentes necessitam ser de alguma forma motivados a fazê-lo, seja por meio de incentivos positivos, como remuneração ou algum tipo de premiação, seja por meio de incentivos negativos, como punição”. BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética & incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção? **Rev. direito GV**, São Paulo, vol.13, n.2, pp. 390-427, maio-ago 2017. p. 394.

The only legally binding systems are national laws, though enforcement depends on the laws of the State concerned, and international laws enforceable against the States themselves.⁸

Assim, para cumprir aos objetivos desta tese, se faz necessário percorrer o sistema protetivo dos direitos humanos, no âmbito internacional e interno, estabelecendo o vínculo existente com a atividade empresarial para se identificar alternativas dentro do próprio ordenamento jurídico brasileiro, no caso, por meio da tutela da livre concorrência. Para tanto, o primeiro capítulo (2) abordará o conceito de direitos humanos a partir de postulados internacionais e nacionais, apresentando o arcabouço teórico dos aspectos de existência e validade destes direitos e a sua aderência às empresas, de modo a se permitir confrontá-los às regras da livre concorrência, tanto no seu espectro público quanto privado, e, assim, promover os correspondentes incentivos socioeconômicos à autonomia privada.

2.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS HUMANOS

De início, deve-se esclarecer que esta tese não pretende realizar uma análise dogmática do conceito, fundamento e amplitude da expressão terminológica “direitos humanos” ou reexplorar a validade e adequação jurídica da sua fundamentação, já amplamente reconhecida pelo direito internacional e interno, mas, sim, introduzir os aspectos de existência e validade jurídica e os seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro.

Nada obstante a profusão semântica e deontológica sobre a expressão direitos humanos, a sua significação heterogênea, na teoria e na prática, tem contribuído para fazer deste conceito um paradigma de equívocos. A isto se alia a falta de precisão da maior parte das definições que usualmente são propostas sobre os direitos humanos, tornando muito difícil determinar o seu

⁸ SMITH, Rhona K. **International Human Rights Law**. United Kingdom: Oxford University Press, 8 Ed, 2018. p. 406-407.

alcance⁹, bem como a utilização destes direitos sem a adequada conceituação; como instrumento ideológico e/ou com propósitos frontalmente incompatíveis. Deste modo, necessário “atender às dúvidas conceituais sobre a ideia de direitos humanos e elucidar sua base intelectual, para que estes possam receber adesão racional e constante”.¹¹

As perguntas mais frequentes são: esses direitos existem? De onde eles provêm? O que se discute não é que a invocação dos direitos humanos possa ser uma crença geral muito atraente e, como retórica, até possa ter eficácia política. Os motivos de dúvidas e preocupação estão relacionados com uma suposta “fragilidade” ou “sentimentalismo” da fundamentação conceitual dos direitos humanos. Muitos filósofos e teóricos consideram a retórica dos direitos humanos mero discurso vago – com boas intenções e talvez até louvável, porém incapaz de ter grande força intelectual. (...) É frequente que se rejeite o conceito como um todo, investindo contra qualquer crença na existência de direitos que as pessoas tenham simplesmente em virtude de sua humanidade, e não decorrentes de contingências e qualificações específicas como a cidadania, vinculadas a disposições na legislação existente ou aceitas no “direito costumeiro”.¹²

Segundo Norberto Bobbio, os direitos humanos não nascem de uma vez e nem de uma vez por todas¹³, se encontra em constante processo de construção e reconstrução.¹⁴ Pode-se

⁹ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid/España: Editorial Tecnos, 2017. p. 27.

¹⁰ What do we mean by “human rights”? There is no simple answer despite the widespread usage of the term or its equivalent in diverse languages. At its core, however, the concept of human rights embraces a certain universe of values having to do with human dignity. These values, and the claim to which they give rise, are understood to apply across national boundaries and cultural divides. Although deemed universal in some sense, human rights draw their content from diverse sources – for some, fundamental moral or ethical precepts discerned through rational thought; for others, religious ideals handed down over time; and for still others, an understanding of social consensus at some level. Whatever the source or content of human rights, the widespread perception is that they necessarily belong to everyone inherently; human rights are not granted by temporal authority, rather they are to be recognized and upheld by it to maintain legitimacy. HANNUM, Hurst. **International human rights: problemas of law, policy, and practice**. 5 ed. Aspen Casebook series., USA, 2011. p. 2.

¹¹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 392.

¹² SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 390-391.

¹³ “Do ponto de vista teórico, sempre defendi — e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos — que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] Mais uma prova, se isso ainda fosse necessário, de que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem — que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens — ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.” BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7 reimpressão. p. 9.

¹⁴ ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo – Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

reconhecer, neste sentido, que por mais que exista uma convergência sobre o conceito dos direitos humanos, os excessos decorrem da evolução deste conceito ao longo dos anos, com a mudança de ideias sobre o que é certo ou errado ao longo do tempo.¹⁵

Para traçar uma linha conceitual, portanto, é necessário compreender o espírito desta expressão¹⁶, que no direito moderno, pode ser notado na declaração da independência americana de 1776, ao dispor que os homens são iguais na sua natureza, pois foram dotados por seu criador de direitos inalienáveis, e que, precisamente, para assegurar a fruição destes direitos, se estabelecem os governos.¹⁷ Com mesmo ânimo, a declaração francesa “dos direitos do homem”¹⁸ de 1789, afirmou que os “homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”.¹⁹

Com o intuito de evitar dúvidas sobre sua solidez conceitual, é importante que se firme o seu conceito com máxima clareza e rigor a partir dos usos mais representativos de seu signo; a expressão direitos humanos se traduz como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretiza as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelo ordenamento jurídico a nível nacional e internacional.²⁰ Suas características são de validade universal independentemente do

¹⁵ However much broad convergence there may be around basic concepts of human rights, abuses of human rights abounded over time and space. In part, this is because of shifting ideas about what is right and wrong; in many cases, what is today considered an affront to human rights was once considered acceptable behavior, at least by sizable or powerful group. In part, human rights abuses occur simply because of the persistent and often widespread tendency of persons in positions of power to fall short of expectations or worse. HANNUM, Hurst. **International human rights: problems of law, policy, and practice**. 5 ed. Aspen Casebook series: USA, 2011. p. 3

¹⁶ [...] direitos humanos em sentido moderno remontam à Virgina Bill of Rights e à Declaração de Independências norte-americana de 1776, bem como à Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de 1789. Essas declarações são inspiradas pela filosofia política do direito racional, especilamente por Locke e Rosseau. HABERMAS, Júrgen. **A inclusão do outro - estudos de teoria política**. 3. ed., São Paulo: Loyola, 2007. p. 221.

¹⁷ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid/España: Editorial Tecnos, 2017. p. 50.

¹⁸ Apenas a título explicativo: “Que os assim designados direitos do homem são sempre direitos de todos os seres humanos, independentemente do seu gênero, sempre foi assumido como um pressuposto de nossa análise”.

¹⁹ A declaração dos “direitos do homem” nasceu das ideias radicais associadas à Revolução Francesa, acontecimento político de dimensões cataclísmicas que refletiu não só o aumento das tensões sociais, mas também uma profunda sublevação intelectual. A Declaração de Independência americana também refletia uma transformação de ideias sociais e políticas. “O governo, escreveu Jefferson, é evidentemente um mero instrumento, mais ou menos útil, por meio do qual os homens, nascidos iguais, procuram assegurar suas vidas e liberdades e seu direito de buscar a felicidade; quando um governo viola essas finalidades, ‘é direito do povo alterá-lo ou aboli-lo’. Disse ele numa frase que ecoaria em todos os palácios da Europa”. BAILYN, Bernard. **Faces of Revolution: personalities and themes in the struggle for American Independence**. Nova York: Vintage Books, 1992. p. 158. apud SEN, Amartya. A ideia de justiça. Tradução de Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 391.

²⁰ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid/España: Editorial Tecnos, 2017. p. 50.

contexto social, político e cultural em que estejam inseridas, pois partem de uma concepção de natureza como sendo individual, autossustentada, sendo que a violação destes direitos estará definida pelas declarações universais, instituições multilaterais (tribunais e comissões) e organizações não governamentais.²¹²²

Os valores - dignidade humana, liberdade e igualdade - representam os três eixos fundamentais em torno dos quais se há centrado a reivindicação dos direitos humanos, revestindo, isso sim, em distintos momentos históricos um conteúdo diverso, um conjunto de faculdades e instituições destinadas a explicá-los. A dignidade humana é o ponto de referência de todas as faculdades que se dirigem ao reconhecimento e afirmação da dimensão moral da pessoa. A liberdade constitui, desde sempre, o princípio aglutinante da luta pelos direitos humanos, ao ponto que a ideia de liberdade chegou a se confundir com a própria noção de direitos humanos. A igualdade constitui o direito humano mais importante de nosso tempo, sendo considerado um postulado fundamentador da teoria jurídica e política de todos os direitos sociais. A positivação, por seu turno, deve ser entendida como o reconhecimento positivo de tais direitos em seu sentido mais amplo, incluindo instrumentos normativos e técnicas de proteção e garantia.²³

A condição axiológica dos direitos humanos não se esgota em sua dependência do conceito geral de justiça, ela se prolonga na determinação de seu conteúdo vinculado aos valores de dignidade, liberdade e igualdade. [...]. Assim, para uma longa tradição doutrinária, que parte do direito natural racionalista (especialmente de Pufendorf), a dignidade humana é identificada com a noção de direitos humanos. [...]. Polarizei o conteúdo dos direitos humanos com base nestes três valores básicos, entendendo que são eles que mais decisivamente informam e contribuem para o desenvolvimento dos diferentes direitos concretos. A dignidade humana representa o núcleo axiológico dos direitos da personalidade voltados para a proteção de sua integridade moral (direito à honra, à própria imagem, privacidade, abolição de tratamento desumano ou degradante ...), bem como integridade física (direito à vida, garantias contra a tortura ...) A liberdade, que serviu de ideal para reivindicar os direitos da primeira geração,

²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013. p. 53-54.

²² Em sentido mais abrangente: “As declarações éticas, com distinto conteúdo político e pertencentes a uma declaração de direitos humanos, podem provir de pessoas ou de instituições, e ser apresentadas como comentários individuais ou como enunciados sociais. Também podem ser feitas, com bastante destaque, por grupos específicos encarregados de examinar essas questões, como os redatores da Declaração de Independência americana e da declaração francesa dos direitos do homem, ou pelo comitê das Nações Unidas, presidido por Eleanor Roosevelt, que elaborou a Declaração Universal. Essas articulações também podem receber algum tipo de ratificação institucional, como aconteceu, por exemplo, na votação de 1948 na Organização das Nações Unidas, criada pouco tempo antes”. SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 394.

²³ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid/España: Editorial Tecnos, 2017.p. 50-52.

oferece o quadro para a imputação axiológica das liberdades: pessoais (em questões ideológicas e religiosas, de residência e circulação, expressão, assembleia, manifestação e associação, bem como ensino ...), civil (garantias processuais e penais) e política (direito à participação política representativa por direito de petição ou iniciativa legislativa popular, bem como com direito ao sufrágio ativo e passivo ...). Ao mesmo tempo, a igualdade foi explicitada por meio do conjunto de direitos econômicos, sociais e culturais que constituem a segunda geração de direitos humanos.²⁴ (tradução nossa)

Estas proclamações, portanto, são declarações éticas realmente fortes sobre o que deve ser feito, exigindo que se reconheçam determinados imperativos, indicando que é preciso concretizar e promover essas liberdades reconhecidas e identificadas por esses direitos.²⁵

No plano internacional, destaca-se a concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (proclamada pela Resolução 217-A da Assembleia Geral das Nações Unidas), que inova na gramática impondo a universalidade e indivisibilidade destes direitos, conferindo “lastro axiológico e unidade valorativa a este campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos”²⁶ e a partir da qual começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH):

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional

²⁴ “Los derechos humanos consisten, precisamente, en facultades inherentes a la naturaleza misma del hombre y, por ello, inalienables erga omnes y, especialmente, frente a quienes ejercen el poder. La condición axiológica de los derechos humanos no se agota en su dependencia del concepto general de justicia, se prolonga en la determinación de su contenido ligado a los valores de la dignidad, la libertad y la igualdad. [...]. Así, para una larga tradición doctrinal, que parte del iusnaturalismo racionalista (en especial de Pufendorf) la dignidad humana se identifica con la propia noción de los derechos humanos. [...]. He polarizado el contenido de los derechos humanos en función de estos tres valores básicos por entender que son los que más decisivamente informan y contribuyen al despliegue de los distintos derechos concretos. La dignidad humana representa el núcleo axiológico de los derechos de la personalidad dirigidos a tutelar su integridad moral (derecho al honor, a la propia imagen, a la intimidad, abolición de tratos inhumanos o degradantes...) así como su integridad física (derecho a la vida, garantías frente a la tortura...) La libertad, que sirvió de ideal reivindicativo de los derechos de la primera generación, ofrece el marco de imputación axiológica de las libertades: personales (en materia ideológica y religiosa, de residencia y circulación, de expresión, de reunión, manifestación y asociación, así como de enseñanza...), civiles (garantías procesales y penales) y políticas (derecho a la participación política representativa a través del derecho de petición o la iniciativa legislativa popular, así como el derecho al sufragio activo y pasivo...). A su vez, la igualdad se explicita a través del conjunto de los derechos económicos, sociales y culturales que conforman la segunda generación de derechos humanos”. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid/España: Editorial Tecnos, 2017. p. 592-593.

²⁵ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 393.

²⁶ PIOVESAN, Flávia. Direito ao Desenvolvimento – Desafios Contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010./ p. 98.

acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do “mínimo ético irredutível”.²⁷

Esta concepção visava estabelecer um padrão mínimo para as sociedades, sendo reconhecida por marcar a universalidade e indivisibilidade destes direitos: “a Universalidade porque a condição de pessoa humana é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos. A indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais”.²⁸

Do art. 1º da Declaração Universal se extrai que “os direitos humanos têm por fundamento intrínseco o valor-fonte do direito que se atribui a cada pessoa humana pelo simples fato de sua existência. Estes direitos encontram seu suporte de validade na dignidade da qual toda e qualquer pessoa é titular”.²⁹ Desta normativa internacional, se extraem três princípios basilares que se estabelecem de maneira indivisível, ou seja, não se dividem ou se sucedem em gerações, mas sim, se conjugam e se fortalecem para assegurar a existência efetiva de cada um deles, tornando-os uma unidade indivisível:

- 1) o da inviolabilidade da pessoa, cujo significado traduz a ideia de que não se podem impor sacrifícios a um indivíduo em razão de que tais sacrifícios resultarão em benefícios a outras pessoas;
- 2) o da autonomia da pessoa, pelo qual toda pessoa é livre para a realização de qualquer conduta, desde que seus atos não prejudiquem terceiros; e
- 3) o da dignidade da pessoa, verdadeiro núcleo-fonte de todos os demais fundamentos do cidadão, por meio do qual todas as pessoas devem ser tratadas e julgadas de acordo com os seus atos, e não em relação a outras propriedades suas não alcançáveis por eles.³⁰

Ao se considerar os direitos humanos como uma unidade indivisível, revelar-se-á “esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade, quando não assegurada a liberdade. [...] Não há mais

²⁷ PIOVESAN, Flávia. Direito ao Desenvolvimento – Desafios Contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 98.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 62.

²⁹ Art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948: Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

³⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. p. 31.

como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade”.³¹³²³³

Outrossim, este processo de universalização, centrado na pessoa humana, permitiu a formação de um sistema normativo internacional dos direitos humanos, cuja sistemática institui mecanismos de responsabilização e controle internacional, acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omissivo na implementação de direitos e liberdades fundamentais.³⁴

2.2 O BLOCO PROTETIVO DOS DIREITOS HUMANOS

A expressão terminológica “Direitos humanos” está ligada ao direito internacional público. Quando se trata dos “direitos humanos”, está a se referir aos direitos que são garantidos por normas internacionais, ou seja, por declarações ou tratados oriundos do sistema global pertencente à Organização das Nações Unidas (ONU) ou de sistema regionais (competente ao Brasil, o sistema interamericano), que são celebrados entre os Estados com o propósito específicos de proteger os direitos (civis e políticos; econômicos, sociais e culturais, etc.) das pessoas sujeitas à sua jurisdição.³⁵ Portanto, tecnicamente a expressão de proteção aos direitos humanos deve ser empregada apenas quando se está diante de proteção de competência internacional.³⁶

É cediço que houve massiva aderência e incorporação dos direitos humanos em quase a totalidade dos sistemas políticos. Desde as democracias liberais aos regimes socialistas se

³¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 64-65.

³² Resolução n. 32/130 da Assembleia Geral das Nações Unidas: “todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertencem, se inter-relacionam necessariamente entre si, e são indivisíveis e interdependentes”. No mesmo sentido o art. 5º da Declaração de Viena em 1993, ao quando afirma que os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados.

³³ No mesmo sentido: “En definitiva, como quiera que todo valor y toda virtude tienen como punto de referencia último la persona humana, en la integridade de sus capacidades y necesidades, a medida que se profundiza e su consideración se tornan más convencionales e incertas las fronteras que los distinguen. La dignidade humana, em cunato se concreta em el autónomo desarrollo de la personalidad, no puede ser ajena a libertad: ésta, a sua vez, no sólo se halla inescrindiblemente vinculada a la dignidad, sino que em sus dimensiones positiva y comunitaria implica a la igualdad, porque dificilmente se puede hablar de la libertad para todos, si todos no son iguales entre sí; al próprio tempo que la igualdad persigue y orienta hacia la dignidade y la libertad, puesto que repugnaria a sua própria condición de valor el que se pudeiera concebir (aunque de ello no han faltado ejemplos históricos) como igualdad em la humillación y en la opresión). LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid/España: Editorial Tecnos, 2017. p. 594.

³⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 92.

³⁵ KANT, Immanuel. **À paz perétua**. Porto Alegre: L&PM, 2008. p. 36-38.

³⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. p. 23-24.

encontram disposições constitucionais que admitem virtual e formalmente alguma referência a estes, sendo prova irrefutável de sua realização.

O problema, no entanto, não se encontra na sua justificação – exposta no tópico anterior – mas sim na sua proteção. Por isto, se faz necessário reforçar, no plano político, as condições de democracia política e econômica, que devem servir de marco para plena fruição dos direitos humanos; no plano jurídico, por meio dos instrumentos e mecanismos de garantia que vão dar a medida real de implementação destes direitos; e no plano sociológico, por meio da sensibilização da opinião pública, que com sua atuação e pressão sobre os poderes públicos, pode influenciar decisivamente a sua vigência em escala nacional e internacional.³⁷

Ao escopo deste trabalho, sem ignorar o holístico aspecto de todos os planos para a efetivação dos direitos humanos, se aprofundará na abordagem do plano jurídico. A proteção jurídica dos direitos das pessoas pode provir da ordem interna, onde os direitos do ser humano são reconhecidos e positivos na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado ou da ordem internacional, guardando relação com as normas de direito internacional, referindo-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, desta forma, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam inequívoco caráter supranacional.³⁸

Essa diferenciação adveio do momento em que os direitos fundamentais começaram a ser replicados ao nível do direito internacional público, a partir da intensificação das relações internacionais e dos anseios da sociedade internacional em proteger os direitos das pessoas numa instância superior de defesa contra os abusos cometidos por autoridades estatais, o que levou os direitos fundamentais a alçarem um novo status, de proteção internacional, com proteção ampliada, um *standard* mínimo que os Estados devem respeitar, sob pena de serem responsabilizados internacionalmente. Desta forma, os direitos humanos são protegidos pela ordem internacional contra as violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição.³⁹

³⁷ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid/España: Editorial Tecnos, 2017. p. 134-135.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 29.

³⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. p. 24-25.

Sobre este aspecto, a Constituição Federal de 1988 se apresenta com a característica da “diversidade semântica, utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais. Em caráter ilustrativo, encontramos em nossa Carta Magna expressões como: a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, §1º); (...)”,⁴⁰ por sua vez, quando se refere às normas internacionais de proteção da pessoa humana, as aborda como “direitos humanos”.⁴¹ Nada obstante, quando se refere a ambos os direitos, de ordem interna e internacional, não faz menção a nenhuma das expressões.⁴² Da mesma forma, outros documentos de ordem internacional utilizam-se das expressões direitos humanos e direitos fundamentais indistintamente.⁴³

Destarte, no que tange à amplitude de proteção dos direitos humanos, alguns autores entendem que estes podem ser considerados como mais amplos que os direitos fundamentais (internos), pois os direitos fundamentais, ainda que positivados no ordenamento jurídico interno, não têm campo de aplicação tão extenso quanto o dos direitos humanos, haja vista que nem todos os direitos fundamentais podem ser exercitáveis por todas as pessoas. Diferentemente, os direitos humanos podem ser vindicados por todos os cidadãos do planeta e em quaisquer condições, bastando ocorrer a violação de um direito seu reconhecido em norma internacional aceita pelo Estado em cuja jurisdição se encontre.⁴⁴ Outros autores, por sua vez, acreditam ser tolerável a utilização das expressões de “direitos humanos” e “direitos

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 27.

⁴¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]. §3º da CF. Art. 5º. (...). § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁴² Art. 5º, §2º da CF. 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.

⁴³ Art. 5º, §2º da CF. Art. 5º. (...). § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁴⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. p. 28-29.

fundamentais” como sinônimas,⁴⁵ mas a técnica delimita que a expressão ‘direitos humanos’ serve para a proteção internacional e direitos fundamentais para a proteção interna.⁴⁶

Assim, em que pese a crítica pela imprecisão terminológica destes signos, opta-se pela expressão “direitos humanos fundamentais”,⁴⁷ podendo-lhe abreviar no curso deste trabalho para, tão somente, “direitos humanos”, na “medida [em que] os textos constitucionais contemporâneos avançam ao abrigar expressamente cláusulas de abertura que estendem o rol de direitos fundamentais incorporando também os tratados internacionais de direitos humanos, a distinção perde cada vez mais significado”, apesar de a expressão direitos humanos fundamentais ser “mais extensa e abrangente de significados que não comportam mais fronteiras de interpretação, especialmente à medida que as órbitas estatais internas e

⁴⁵ “Aqui assume especial relevância a clarificação da distinção entre as expressões ‘direitos fundamentais’ e ‘direitos humanos’, não obstante tenha também ocorrido uma confusão entre os dois termos, confusão esta (caso compreendida como um uso indistinto dos termos, ambos designando o mesmo conceito e conteúdo) que não se revela como inaceitável a depender do critério adotado. Quanto a tal ponto, não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). Fosse apenas por esse motivo, impor-se-ia a utilização uniforme do termo “direitos humanos” ou expressão similar, de tal sorte que não é nesta circunstância que encontraremos argumentos idôneos a justificar a distinção. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 29.

⁴⁶ “Generalizar a aplicação do sistema de direitos fundamentais, tal como os conhecemos enquanto garantias constitucionais vinculativas dos poderes públicos (caracterizada pela indisponibilidade por parte do Estado, a igualdade, a universalidade, a natureza de trunfos contra o poder e contra a maioria, e, sobretudo, a existência de standards consolidados da sua garantia efectiva, se necessário através de imposição jurisdicional), e pretender a sua aplicação nesses mesmo termos às relações internacionais seria caminhar para um muito provável desastre. Qualquer tentativa de exportar a teoria dos direitos fundamentais, a sua natureza jurídica, os seus standards próprios, para as relações internacionais constituiria um rotundo fracasso. A aspiração universal à liberdade e a à realização dos direitos do homem tem de encontrar, no domínio das relações internacionais, um tipo de garantias e exigências diferentes, uma teorização particular, standards específicos, formas de garantia institucional apropriadas ao relacionamento pacífico entre Estados, culturas, realidades políticas e interesses estratégicos significativamente diferenciados. A distinção, note-se, não envolve qualquer hierarquização ou desvalorização relativa de uns ou dos outros – direitos fundamentais e direitos humanos – quando eles são considerados enquanto valores, mas atém-se, tão só, à estrita necessidade de uma diferenciação profunda enquanto garantias jurídicas quando se consideram na sua força normativa, nos standards de controlo da sua observância, nos métodos da sua coercibilidade jurídica. De resto, é corrente a ideia de que os direitos humanos serão os mais importantes dentro dos direitos fundamentais, os mais intimamente associados à dignidade da pessoa humana ou aqueles cuja realização é tão universalmente premente que pode justificar a superação das barreiras da soberania nacional. [...]. direitos fundamentais e direitos humanos são garantias com diferente natureza, alcance, invocabilidade e coercibilidade jurídicas, pelo que devem ser dogmaticamente diferenciados [...]. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do défice**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 114-115.

⁴⁷ PILLA, Maria Cecília Barreto Amorim; ROSSI, Amélia Sampaio. **Constituição de 1988: o avanço dos Direitos Humanos Fundamentais**. Estudos Ibero-Americanos, Porto Alegre, v. 44, n. 2, p. 273-284, maio-ago. 2018. p. 276. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/iberoamericana/article/view/28662/17112>; Acesso em: 06 out. 2020.

internacionais estabelecem a construção de um diálogo cada vez maior para a proteção da pessoa humana”.⁴⁸

Considerando a abertura dialógica entre o direito interno e o direito internacional, bem como, a conformação interpretativa dos postulados sobre direitos humanos, faz-se necessário consolidar as suas matrizes protetivas que estabelecem um bloco de constitucionalidade, positivadas pelo direito nacional, por meio da prerrogativa supraconstitucional das declarações, tratados e interpretações da Corte e Comissão IDH (decisões e opiniões consultivas), instrumentos incorporados ao direito brasileiro em virtude de ser signatário dos tratados e convenções internacionais. Nada obstante, se enfatizará a análise ao Sistema Interamericano, da Corte e Comissão IDH, por decorrência do recorte metodológico objetivo, que permite um maior aprofundamento teórico, sem ignorar que os sistemas, globais e regionais, são complementares em prol da maior proteção dos direitos humanos.⁴⁹

2.2.1 Positivção internacional: Declaração da ONU e os Tratados Internacionais em matéria de Direitos Humanos

É a partir da aprovação de Declaração Universal de 1948, cujo bojo apresenta a concepção contemporânea de direitos humanos, que começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais.⁵⁰ Esta nova concepção do direito internacional dos direitos humanos significa que “toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações”.⁵¹

Neste sentido, diversos foram os documentos internacionais que surgiram após aprovação da Declaração Universal, encorpando o desenvolvimento do Direito Internacional

⁴⁸ PILLA, Maria Cecília Barreto Amorim; ROSSI, Amélia Sampaio. **Constituição de 1988: o avanço dos Direitos Humanos Fundamentais**. Estudos Ibero-Americanos, Porto Alegre, v. 44, n. 2, p. 273-284, maio-ago. 2018. p. 276. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/iberoamericana/article/view/28662/17112>; Acesso em: 06 out. 2020.

⁴⁹ “Ao lado do sistema global, surgem os sistemas regionais de proteção que buscam internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente na Europa, América e África”. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 333.

⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 195.

⁵¹ BILDER, Richard B. Na overview of international human rights law. *In*: Hannum, Hurst. (editor). **Guide to international human rights practice**. 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992. p. 3-5.

dos Direitos Humanos mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção (globais e regionais), formando-se um sistema internacional de proteção que reflete, sobretudo, a consciência ética contemporânea dos Estados, visando salvaguardar parâmetros protetivos mínimos. Cite-se, como exemplo, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Ao lado do sistema normativo global, também surgem os sistemas regionais de proteção, no caso brasileiro, jurisdição da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (CADH).

Esta sucessão legislativa em matéria de direitos humanos comprova a abertura axiológica e deontológica desses direitos. A saída do legalismo estrito para uma nova ordem principiológica permitiu a abertura de fontes do Direito Internacional Público, conforme dispõe o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, ao declarar que os costumes e princípios gerais de Direito integram esse ramo jurídico, motivo pelo qual a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos seria considerada – inicialmente - um pronunciamento não vinculante (*soft law*), uma declaração de princípios básicos e de liberdades.⁵²

The travaux preparatoires make it clear that the overwhelming majority of the speakers in the various organs of the United Nations did not intend the Declaration to become a statement of law or of legal obligations, but a statement of principles devoid of any obligatory character, and which would have moral force “only”. One finds in the debates statements which suggest that the Declaration might be considered a complement to the Charter, as its authoritative or “authentic” interpretation, or a formulation of “the general principles of law recognized by civilized nations” within the meaning of Article 38, paragraph 1(c), of the Statute of the Court. (...) With a few exceptions, publicists also agree that the Declaration is a “non-binding pronouncement.

Diz-se inicialmente, pois alguns autores passaram a defender que a Declaração, em que pese não ser tecnicamente um tratado internacional, mas sim um ato unilateral (resolução) da adotado pela Assembleia Geral da ONU, integra a Carta da ONU, especialmente os artigos 55 e 56 e, por esta razão, receberia força *jus cogens*, obrigando os Estados a assumirem o

⁵² “In giving our approval to the declaration today, it is of primary importance that we keep clearly in mind the basic character of the document. It is not a treaty; it is not an international agreement. It is not and does not purport to be a statement of law or of legal obligation. It is a declaration of basic principles of human rights and freedoms, to be stamped with the approval of the General Assembly by formal votes of its members, and to serve as a common standard of achievement for all peoples of all nations. Statement of Mrs. Eleanor Roosevelt, Chairmain of the Commission on Human Rights, immediately preceding the General Assembly’s vote in 1948 on the Universal Declaration, quoted in 5 M. Whiteman, Digest of International Law 234 (1965)”. HUMPHREY, John P. The Universal Declaration of Human Rights: Its History, Impact and Juridical Character. In: HANNUM, Hurst. **International human rights: problems of law, policy, and practice**. 5 ed. Aspen Casebook series., USA, 2011. p. 152.

compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo aos direitos humanos.⁵³ Neste sentido, o art. 53 da Convenção de Viena (1969):

Artigo 53 – Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*Jus Cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para que os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

A Convenção de Viena atribuiu às normas *jus cogens* o poder de anular e extinguir tratados incompatíveis com suas premissas, pois sua natureza corresponde aos princípios que orientam e devem ser respeitados pelos ordenamentos internacionais, inderrogáveis e inalteráveis, a não ser que os sejam por norma de mesma natureza.

Em matéria de direitos humanos, as normas cogentes lhes cercam no plano internacional, impondo-se aos Estados independente de sua anuência. Neste sentido, a Corte Internacional de Justiça emitiu Opinião Consultiva afirmando que a Carta da ONU impõe a todos os Estados membros a obrigação de cumprir, no mínimo, com um conjunto básico de direitos humanos que a Carta se refere, mesmo sem enunciá-los exaustivamente.⁵⁴ Portanto, mesmo que aceitemos que a Carta das Nações Unidas impõe o cumprimento dos direitos humanos a todos os Estados Membros da organização, ela ainda é dirigida apenas, em princípio, aos Estados e às instituições da ONU, e não a todos os sujeitos do direito internacional. No entanto, ao mesmo tempo em que foram codificados em tratados internacionais, os direitos humanos também foram reconhecidos como vinculantes para todos os sujeitos do direito

⁵³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 205; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. p. 88-89.

⁵⁴ “Human Rights as general principle of laws. This means of recognizing the Universal Declaration of Human Rights as a source of legal obligations is encouraged by the approach adopted by international Court of Justice itself. The Court has refrained from stating that the Declaration as such, in the totality of its articles, should be considered as customary international law.” SCHUTTER, Olivier de. **International human rights law: cases, materials, commentary**. 3 Ed. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2019. p. 56.

internacional como parte do direito internacional geral, seja porque fazem parte do direito internacional consuetudinário, seja porque constituem princípios gerais da lei.⁵⁵

Nada obstante à interpretação da força vinculante desta declaração⁵⁶, é inegável a sua influência para o direito internacional dos direitos humanos, destacando-se o seu impacto em três grandes áreas: a primeira, com o termo “invocação”, que consiste em realizar uma análise prévia de qualquer documento/norma sob os postulados da declaração com o propósito de se analisar o grau de respeito aos direitos humanos; a segunda área de influência está nos tratados e convenções internacionais, pois alguns abordam a declaração como parte fundante e, portanto, tornam-na imediatamente aplicável; a terceira área é a influência direta em constituições e legislações nacionais e, em alguns casos, em decisões judiciais, sendo a prova de que os direitos nela declarados são, de fato, respeitados.⁵⁷

Não restam dúvidas acerca da influência da Declaração da ONU na ordem internacional e nacional, bem como, como fonte jurídica para tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. Por outro lado, apesar de ser aceita com norma *jus cogens*, a Declaração Universal não dispõe de meios técnicos para que as vítimas possam buscar a devida reparação, por não fazer previsão de instrumentos para que se possam vindicar os direitos por ela assegurados, tornando-se necessária a elaboração e vinculação dos Estados por meio tratados.⁵⁸

⁵⁵ “The International Court of Justice seems to have definitively put an end to the controversy when it delivered its Advisory Opinion on the Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), where it stated that ‘to establish ... and to enforce, distinctions, exclusions, restrictions and limitations exclusively based on grounds of race, colour, descent or national or ethnic purposes and principles of the Charter’ (ICJ, Reports 1971, 16). Although the statement was made in relation to the obligations of South Africa as a mandatory power in South West Africa, there is no reason to restrict it to this hypothesis: instead, it would seem to follow from the Opinion that the UN Charter imposes on all States that they comply, at a minimum, with a core set of human rights, which the Charter refers to without listing them exhaustively. Even if we accept that the UN Charter imposes compliance with human rights on all the Member States of The organization, it still is only addressed, in principle, on States and the institutions of the UN, rather than to all subjects of international law. However, at the same time that they were codified in international treaties, human rights have also been recongnized as binding upon all subjects of international law as part of general international law, either because they are part of customary international law or because they constitute general principles of law.” SCHUTTER, Olivier de. **International human rights law: cases, materials, commentary**. 3 ed. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2019. p. 59.

⁵⁶ “Sujeitar a existência de normas cogentes à anuência de entes estatais com interesses tão díspares é pôr em risco valores essenciais para a convivência humana”. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 4. ed. Salvador: Juspodivim, 2012. p. 75.

⁵⁷ HUMPHREY, John P. The Universal Declaration of Human Rights: Its History, Impact and Juridical Character. in. HANNUM, Hurst. **International human rights: problemas of law, policy, and practice**. 5 ed. Aspen Casebook series: USA, 2011. p. 153-154.

⁵⁸ Expressão genérica que inclui: Convenções, Pactos, Cartas e demais acordos internacionais.

Dentre os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, destacam-se o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC),⁵⁹ obrigatórios e vinculantes aos Estados aderentes e que compõem o núcleo-base da estrutura normativa do sistema global de proteção dos direitos humanos, “na medida em que ‘juridicizaram’, sob a forma de instrumento internacional *hard law*, os direitos previstos na Declaração Universal”.⁶⁰

O PIDCP tem por intuito proteger e dar instrumentos para que se efetive a proteção dos direitos denominados de “primeira geração”. Em relação aos direitos civis e políticos *strictu sensu*, se reconhece o direito à vida, como inerente à pessoa humana; proibição de tortura, tratamentos cruéis, escravidão, servidão; direito à liberdade e segurança pessoais; devido processo legal; O PIDESC, tem por objetivo proteger os direitos denominados de “segunda geração” e possui normas de caráter programático, por meio das quais os Estados se comprometem a adotar medidas destinadas a proteger os direitos econômicos, sociais e culturais ali mencionados. O conteúdo programático determina, ademais, que os Estados que ratificarem este tratado terão por compromisso assegurar progressivamente os referidos direitos, até o máximo dos seus recursos disponíveis.

Em seu catálogo de direitos, inclui o direito ao trabalho e à justa remuneração, a um nível de vida adequado, de moradia, educação, previdência social, saúde, etc.:

Entre os direitos expressos no Pacto, podem ser citados: [...]. o direito de homens e mulheres à igualdade no gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais enumerados no tratado (art. 3º); o direito de toda pessoa ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito (art. 6º, §1º); o direito de toda pessoa gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: a) uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: (i) um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção (em particular, as mulheres devem ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles, por trabalho igual; (ii) uma existência decente para eles e suas famílias; b) condições de trabalho seguras e higiênicas; c) igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo, de trabalho e da capacidade; d) o descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados (art. 7º). Garanta-se o direito de toda pessoa de fundar com outros sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e

⁵⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. p. 97-99.

⁶⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. p. 101.

de proteger seus interesses econômicos e sociais (art. 8, §1º, a). Reconhece-se, ainda, o direito à previdência social, inclusive ao seguro social (art. 9º).⁶¹

Os tratados internacionais são instrumentos que ampliam a proteção de direitos, pois revelam a celebração de um consenso internacional sobre parâmetros mínimos de proteção de direitos humanos⁶², constituindo-se como um mínimo ético irreduzível, que impõe deveres jurídicos aos Estados por meio de prestações positivas e/ou negativas, para respeitar, proteger e implementar direitos humanos.⁶³ A Declaração de Direitos Humanos de Viena (1993), que reforça os fundamentos da Declaração Universal de 1948, delimita que “a concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internacionalização destes direitos, compreendidos sob o prisma de sua indivisibilidade”.⁶⁴

Os direitos humanos, por sua natureza, abolem a distinção tradicional entre a ordem interna e a ordem internacional. São criadores de uma permeabilidade jurídica nova. Trata-se, pois, de não os considerar, nem sob o ângulo da soberania absoluta, nem sob o da ingerência política. Mas ao contrário, há que se compreender que os direitos humanos implicam a colaboração e a coordenação dos Estados e das organizações internacionais.⁶⁵

A partir da recepção constitucional de postulados internacionais que envolvam os direitos humanos, como se dá no Brasil, se terá uma revisão da soberania absoluta do Estado que passa a sofrer um processo de relativização, admitindo-se intervenções no seu plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; permitindo-se formas de monitoramento e

⁶¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. p. 112-113.

⁶² Não se descuida das críticas existentes a respeito da eficácia instrumental dos tratados. Cite-se: “faz-se fundamental, todavia, que todos os tratados de direitos humanos possam contar com uma eficaz sistemática de monitoramento, prevendo os relatórios, as petições individuais e as comunicações interestatais. [...] Além disso, o desejável seria que tais mecanismos fossem veiculados sob a forma de cláusulas obrigatórias e não facultativas [...]. Em síntese, resta enfatizar que o aprimoramento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos requer: a) o fortalecimento dos mecanismos internacionais existentes, utilizando-se destes de forma plena; e b) a democratização dos instrumentos internacionais, a fim de que se assegurem a indivíduos e a entidades não governamentais possibilidades ampliadas de atuação e um espaço participativo mais eficaz na ordem internacional. [...] Não há mais como admitir que o Brasil ratifique tratados de direitos humanos e se recuse a aceitar o aparato normativo internacional de garantia, implementação e fiscalização desses direitos. Superar esta postura de recuo e retrocesso é fundamental à plena e integral proteção dos direitos humanos no âmbito nacional. Por fim, há que se ressaltar que essas ações são essenciais para a efetiva reinserção do Brasil, na condição de Estado Democrático de Direito, no cenário internacional de proteção dos direitos humanos”. PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 177-179.

⁶³ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 174.

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 122.

⁶⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 236-237.

responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados, cristalizando-se a ideia de que o indivíduo tem seus direitos protegidos pela esfera internacional.⁶⁶

Com efeito, as relações internacionais devem ser cada vez mais reguladas em termos de direito e de justiça, convertendo-se o direito internacional numa verdadeira ordem imperativa, à qual não falta um núcleo material duro – o *jus cogens internacional* – vertebrador quer da política e relações internacionais quer da própria construção constitucional interna. Para além deste *jus cogens*, o direito internacional tende a transformar-se em suporte das relações internacionais através da progressiva elevação dos direitos humanos – na parte em que não integrem já o *jus cogens* – padrão jurídico de conduta política, interna e externa. Estas últimas premissas – o *jus cogens* e os direitos humanos -, articuladas com o papel da organização internacional, fornecerão um enquadramento razoável para o constitucionalismo global.⁶⁷

Para tanto, a efetividade do Direito Internacional dos Direitos Humanos depende do ajuste de vontades e do comprometimento dos Estados Nacionais.⁶⁸ Sem a internalização dessa normativa aos ditames da ordem e da responsabilidade internacional, tal qual a incorporação dos tratados de direito interno, resta apenas uma prática discursiva e desprovida de utilidade social e relegada ao rol de promessas utópicas. Assim, torna-se necessário abordar a interpretação concedida aos direitos humanos pela matriz internacional do Sistema Interamericano, realizada pela Corte IDH, última *ratio* jurisdicional, responsável pela orientação dos Estados membros nesta matéria.

2.2.2 Sistema Interamericano de Direitos Humanos: A atuação da Corte e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

O Sistema Interamericano tem origem com a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) de 1948 (Carta de Bogotá), onde se celebrou a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. A Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (CADH), assinada em 1969, entrou em vigor internacional em 1978 com a ratificação de 11 Estados, sendo que o Brasil a ratificou em 1992 (Decreto n. 678/1992). Para

⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos: Inovações, Avanços e Desafios Contemporâneos. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord). **O Brasil e o novos desafios do direito internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 291.

⁶⁷ BARBOSA, Samuel Rodrigues. Jus cogens como aporia, o crepúsculo do Direito Internacional clássico. **Revista Brasileira de Filosofia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 233, ano 58, p. 38-92, jul./dez., 2009.

⁶⁸ Não se descuida da teoria erga omnes de tutela dos direitos humanos, que, por sua natureza, vincularia e obrigaria irrestritamente os Estados em prol do interesse público internacional, todavia, não se discorre e nem se adota esta teorização em virtude do Estado Brasileiro dispor regras constitucionais para recepção de tratados internacionais, razão pela qual, se fugiria ao plano objetivo desta tese.

elaboração deste tratado regional de direitos humanos, foi necessário que os Estados obtivessem um grau de consenso a respeito de quais direitos humanos seriam resguardados, protegidos e promovidos para que a comunidade dos Estados se desenvolvesse em prol da pessoa humana. Com este consenso inicial, se lançam os elementos para definição de um núcleo comum interamericano a partir da redação e abertura das normas convencionais. Estabelecido este consenso inicial, fundamental para se construir o sistema interamericano de proteção, será em torno dele que os órgãos poderão adensar as normas regionais, ajustar margens de discordância, harmonizando e consolidando as práticas protetivas⁶⁹, na medida em que o artigo 2 da CADH demanda dos Estados a adequação do seu direito aos padrões estabelecidos pela Convenção.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) é o órgão supremo da jurisdição internacional no sistema interamericano, responsável pela interpretação e aplicação das normas da CADH, em caráter definitivo e irrecorrível (art. 67 da CADH). É o órgão jurisdicional do sistema interamericano para resolver os casos de violação destes direitos pelos Estados-partes que tenham ratificado a Convenção. Representa a essência do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que encontra sua máxima expressão na obrigatoriedade de cumprimento as decisões emanadas pelo órgão jurisdicional⁷⁰, obrigando os Estados que se submeteram a sua jurisdição (art. 62 da CADH), mesmo na hipótese destes não serem partes da discussão, porém que estejam em situações semelhantes aos efeitos *erga omnes* das suas respectivas decisões⁷¹, que serve para resolver uma violação de direitos humanos, com a fixação de parâmetros de reparação, e, para criar padrões jurisprudenciais, que devem influenciar/conformar/adequar as condutas legislativas ou administrativas nos Estados membros.

⁶⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya; FACHIN, Melina Girardi. **Deferência e pluralismo no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano**: diálogos judiciais sobre direitos humanos. 2017. 482 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. p. 344-345.

⁷⁰ JAYME, Fernando G. **Direitos Humanos e sua Efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 82-83.

⁷¹ Corte IDH. Caso Guelman vs. Uruguai. Supervisão de cumprimento de sentença. Publicado em 20 mar. 2013, §§ 67-69.

Suas decisões possuem caráter vinculante para os Estados que não sejam partes do processo em questão; entende a doutrina que não se pode falar em vinculação irrestrita⁷², ao contrário, deve-se afastar do modelo de vinculação absoluta para aceitar um modelo de persuasão, concebendo-a com uma eficácia interpretativa denominada *res interpretata*, que possibilite diálogos entre as fontes normativas e uma complementaridade de influências⁷³, fortalecendo o vínculo protetivo que fundamenta o DIDH.

A eficácia interpretativa dos entendimentos proferidos pela Corte IDH em sede de Opinião Consultiva, tem por objetivo firmar a existência de *standards* mínimos em matéria de direitos humanos, bem como, promover a construção de diálogo efetivo de suas decisões com as cortes domésticas, gerando um controle dinâmico e complementar das obrigações convencionais, onde os Estados servem ao propósito de respeitarem e garantirem direitos humanos conjuntamente com autoridades internas e internacionais.⁷⁴

Sua atuação pode se dar de (i) forma consultiva, aberta a todos os Estados-membros da OEA, ainda que não tenham ratificado a CADH⁷⁵, visando o esclarecimento de questões de interpretação da Convenção e outros tratados regionais ou internacionais de proteção dos direitos humanos, inclusive aqueles cuja aplicação lhe seja pertinente, bem como de outros

⁷² Apesar desta construção jurisprudencial da Corte sobre a vinculação forte das Opiniões Consultivas, registram-se opiniões contrárias, na medida em que a efetiva produção de efeitos encontra resistências, de um lado, (a) por ausência de previsão legal clara a respeito de quais efeitos se concretizam; e (b) o caráter excessivamente abrangente da competência consultiva. ROA ROA, Jorge Ernesto. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2015. p. 149- 150. Ainda, sobre os efeitos vinculantes, é importante constar a Declaração apresentada por Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Paraguai ao Sistema Americano afirmando sua oposição ao reconhecimento de efeitos às resoluções e jurisprudência interamericana além das partes do litígio. ARGENTINA, BRASIL, COLOMBIA, CHILE, PARAGUAY. Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 2 abril 2019. Considerando n. 4. **ALDHU**, Facebook, publicação de 4 julho 2019. Disponível em: <https://www.facebook.com/pg/ALDHU1980/posts/>. Acesso em: 06, mar. 2021.

⁷³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 59.

⁷⁴ Lo anterior significa que, como consecuencia de la eficacia jurídica de la Convención Americana en todos los Estados Parte en la misma, se ha generado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad. CORTE IDH. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párrafo n. 71.

⁷⁵ CORTE IDH. **Opinião consultiva OC-18/03** de 17 de setembro de 2003. Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados. Serie A No. 18, §59-61.

Estados membros, referente a compatibilidade entre normas internas com as normas internacionais de proteção de Direitos Humanos, portanto, se as normas internas, constitucionais ou não, se adequam as normas internacionais.⁷⁶

Diferente da prerrogativa contenciosa, que ao realizar o controle convencional afere se houve violação das normas internacionais e a responsabilidade dos Estados, o parecer consultivo se destina a definir *standards* que integram o *Ius Constitutionale Commune*, analisando as normas em uma construção multilateral com os Estados, desta maneira, buscando a harmonização do sistema plural interamericano. Portanto, ao analisar o direito interno de um Estado membro, não irá interferir no seu processo político, tampouco abordará procedimentos domésticos para a criação de normas.⁷⁷

Com relação aos consulentes, a Opinião Consultiva, por ter objetivo conformar a hermenêutica dos Estados membros, possuindo especial importância, devendo as suas recomendações serem recebidas com um caráter vinculante aos Estados consulentes, com base no princípio da boa-fé, buscando a satisfação dos compromissos assumidos (art. 1º CADH), inclusive pela Corte já ter decidido que as opiniões consultivas são parâmetros para o abstrato controle de convencionalidade nos termos da Opinião Consultiva n. 21 de 2014⁷⁸, a qual consagrou que os pareceres, aos consulentes, devem ser considerados vinculantes e obrigatórios, determinando às autoridades domésticas, em conformidade com o seu ordenamento jurídico interno, a promover o controle convencional de seus atos administrativos à luz das interpretações fornecidas, por exemplo, adequar legislação contrária ao conteúdo interpretativo do parecer ou justificando seu afastamento, sob pena de vir a ser responsabilizado em um futuro processo contencioso.⁷⁹ Para os demais membros da OEA, portanto, o parecer servirá como *res interpretata*.

⁷⁶ CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC-4/84** de 19 de fevereiro de 1984. Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização. Serie A No. 4, § 14.

⁷⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya; FACHIN, Melina Girardi. **Deferência e pluralismo no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos**. 2017. 482 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. p. 318.

⁷⁸ CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC-21/14** de 19 de agosto de 2014. Direitos e garantias de meninas e meninos no contexto de migração e/ou em necessidade de proteção internacional. Serie A No. 21, § 31, 32.

⁷⁹ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 347-350.

⁷⁹ ROA ROA, Jorge Ernesto. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2015. p. 139.

A atuação da Corte IDH também pode ocorrer de (ii) forma contenciosa. Não obstante os atos internos dos Estados possam ser objeto de exame por órgão de supervisão internacional quando se verificar a sua não conformidade com as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos, a Corte IDH, de forma subsidiária e sem substituir os tribunais internos ou fazer as vezes de tribunal de cassação, só poderá ser provocada pela Comissão de Direitos Humanos⁸⁰, que é o órgão responsável pelo recebimento de denúncias ou queixas de violação de direitos humanos (art. 44 CADH) realizadas por indivíduos, empresas, organizações não-governamentais ou Estados-membros que façam parte do sistema (art. 45 CADH). Portanto, compete à Comissão realizar um juízo de admissibilidade prévio e, se positivo, encaminhar o caso para apreciação e julgamento pela Corte.

O juízo de admissibilidade compreende, entre outros, a atuação procedimental da Corte IDH em sentido subsidiário. Isto significa que o sistema interamericano concede autonomia para cada Estado no âmbito de normas aplicáveis ou condução de processos destinados à investigação e punição de violações de direitos humanos, ou seja, os Estados são os responsáveis pela proteção e garantia dos direitos humanos. Somente se não houver solução interna capaz de atender as vítimas de forma efetiva, por meio dos mecanismos internos (administrativos ou jurisdicionais), esgotados todos os recursos disponíveis (art. 46.1 da CADH), se poderá atribuir competência e responsabilidade internacional por falha no cumprimento dos compromissos, assumidos perante a comunidade internacional.⁸¹

Sobre o juízo de admissibilidade, o procedimento da Corte IDH⁸² determina que, salvo exceções de risco à vida, a integridade física ou ao resultado útil do processo, será do Estado o

⁸⁰ Em 1965, a Comissão passa a ter poderes para receber petições ou comunicações acerca de violações de direitos humanos: “A atuação da Comissão Interamericana, já bem antes da entrada em vigor da Convenção Americana, foi certamente um elemento decisivo para a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Até 1975, por exemplo, tinha a Comissão examinado mais de 1.800 comunicações sobre direitos humanos, obra considerável para um órgão até então operando solitariamente, sem que a Convenção tivesse entrado em vigor. Em fins de 1978 (ano de entrada em vigor da Convenção Americana), já chegavam a 3.200 os casos examinados pela Comissão (compreendendo mais de dez mil vítimas, de 18 ou 19 países); isto significa que a Comissão considerou 20% dos casos em seus primeiros quinze anos de atuação, e aproximadamente 80% dos casos – até a entrada em vigor da Convenção Americana – no período de cinco anos entre 1973 e 1978. Posteriormente, de 1978 até meados de 1985, outras 6.666 petições ou comunicações foram recebidas pela Comissão, total que, ao início dos anos noventa ultrapassou 10.000 comunicações. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, volume III**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 43.

⁸¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya; FACHIN, Melina Girardi. **Deferência e pluralismo no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos**. 2017. 482 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. p 135-137.

⁸² CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Exceções Preliminares. Sentença de 26 de junho de 1987. Serie C-1, §88 e 91.

ônus da prova demonstrar que, em sua jurisdição, houve o esgotamento dos recursos domésticos a fim de cumprir com a sua prerrogativa de investigar, punir e remediar violações de direitos humanos. Esta regra permite aos Estados resolverem os problemas segundo o seu direito interno antes de enfrentarem, como última alternativa, um processo internacional.⁸³

A Corte IDH, em casos de referência, se posicionou contra uma atuação de quarta instância, cumprindo-lhe assumir a jurisdição apenas se demonstrado que uma violação de direitos humanos não encontrou solução no âmbito doméstico. Nesta circunstância, haverá um controle dinâmico e complementar às obrigações convencionais dos Estados de respeitar e garantir direitos humanos, conjuntamente com as autoridades internas (primeiramente obrigadas) e das instâncias internacionais (de forma complementar/subsidiária).⁸⁴ Por exemplo, quando deixa de oportunizar todos os meios possíveis (administrativos e judiciais) para investigar, punir e reparar as violações de direitos humanos⁸⁵ ou se evidente arbitrariedade na decisão judicial doméstica.⁸⁶

Assim, somente se não exercida a prerrogativa protetiva pelo Estado, com efetividade e adequação, é que este se sujeitará ao julgamento pela Corte IDH⁸⁷, que, em última e subsidiária *ratio*, detém a competência para tal análise, podendo determinar a responsabilização do Estado e respectiva reparação à vítima dos direitos humanos violados.

Neste aspecto, a dimensão positiva da subsidiariedade substancial se verifica pelo dever de fiscalização dos órgãos supranacionais acerca do cumprimento dos compromissos estatais de proteção dos direitos humanos. Trata-se da responsabilidade internacional subsidiária de proteger os direitos humanos quando os Estados falham ou são omissos em suas obrigações e,

⁸³ CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Exceções Preliminares. Sentença de 26 de junho de 1987. Serie C-1, § 59-61.

⁸⁴ CORTE IDH. **Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colômbia**. Exceções Preliminares, Fundo e Reparação. Sentença de 30 de novembro de 2012. Serie C-259, § 143; CORTE IDH. **Caso Las Palmeras vs. Colômbia**. Sentença de 6 de Dezembro de 2001. Fundo. Serie C n. 90, § n. 33.

⁸⁵ CORTE IDH. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Série C-333, §154. Se considerou que a não disponibilização às vítimas de recursos processuais que garantissem um juízo independente e imparcial ensejou na ausência de identificação e punição dos responsáveis.

⁸⁶ CORTE IDH. **Caso Santiago Marzióni vs. Argentina**. 1997, Série L, No. 11.673, Report 39/96.

⁸⁷ “Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.” CORTE IDH. **Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colômbia**. Exceções Preliminares. Fundo e Reparações. Sentença de 30 de novembro de 2012. Serie C-259, §142.

tampouco, promovem o controle de convencionalidade, consistente na adequação de suas disposições jurídicas internas ao conteúdo das normas convencionais de direitos humanos.

A responsabilidade estatal diante da convenção só pode ser declarada a nível internacional depois que ao Estado tenha sido oportunizado declarar a violação e reparar o dano ocasionado por seus próprios meios. Isso se assenta no princípio da complementaridade (subsidiariedade), que informa transversalmente o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o que é, tal como expressa o preâmbulo da mesma Convenção Americana, coadjuvante ou complementar da [proteção] que oferece o direito interno dos Estados americanos. De tal maneira, o Estado é o principal garante dos direitos humanos das pessoas, de maneira que, se se produz um ato violatório de ditos direitos, é o próprio Estado que tem o dever de resolver o assunto a nível interno e, reparar, antes de ter que responder em instâncias internacionais como o Sistema Interamericano, o qual deriva do caráter subsidiário que reveste o processo internacional frente os sistemas nacionais de garantias dos direitos humanos. Essas ideias também adquiriram forma na jurisprudência recente debaixo da concepção de que todas as autoridades e órgãos de um Estado parte da Convenção têm a obrigação de exercer um controle de convencionalidade.⁸⁸

Desta maneira, a Corte IDH detém o duplo ofício de, de um lado, ser intérprete das normas e, de outro, fiscalizar o adimplemento dos compromissos assumidos pelos Estados-membros, cuja competência seria declarar a compatibilidade de uma norma ou ato estatal de natureza administrativa (ou privada) com a CADH.⁸⁹ Suas sentenças, que não anulam decisões administrativas ou judiciais do direito interno⁹⁰, são definitivas e inapeláveis (art. 67), e os Estados se comprometem a cumprir integralmente seus dispositivos quando condenados (art. 68). As condenações criam obrigações, de reparação dos danos às vítimas como forma de não repetição das violações, com medidas concretas de reparação⁹¹, não apenas com obrigações de pagar, mas principalmente, fazer e de não-fazer⁹², determinando a adoção de todas as medidas necessárias para que a execução seja eficaz, não se limitando ao plano individual, mas sobretudo, abarcando os problemas estruturais que tenham gerado as violações de direitos

⁸⁸ CORTE IDH. **Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia**. Publicado em 30 nov. 2012, § 142.

⁸⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya; FACHIN, Melina Girardi. **Deferência e pluralismo no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos**. 2017. 482 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. p. 150.

⁹⁰ BREWVER-CARIAS, Allan R.; SANTOFIMIO GABOA, Jaime Orlando. **Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 60.

⁹¹ TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos? **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 321-353, 2017. p. 325.

⁹² COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção Internacional dos direitos humanos: a Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 108.

humanos.⁹³ As decisões proferidas pela Corte IDH, via de regra, deixam pouco espaço para a discricionariedade executiva do Estado, no entanto, quando determina a elaboração de políticas públicas, delega ao Estado a tarefa de organizar a sua construção, de acordo com as suas particularidades institucionais, o que permite o cumprimento de sua função instrumental, como meio para o desenvolvimento de mecanismos eficazes para a promoção, proteção e reparação dos direitos humanos violados.⁹⁴

Para isto, a Corte depende da coordenação de esforços com as instituições nacionais, especialmente os órgãos administrativos e jurisdicionais. Esta perspectiva, muito embora possa parecer invasiva à soberania do Estado, assim não deve ser compreendida, vez que ao Estado cumpre o dever de respeitar os direitos humanos (art. 1.1 da CADH), se comprometendo a adotar posturas que evitem violações de direitos humanos, previnam e garantam o livre exercício desses direitos pelas pessoas sob sua jurisdição, dando efetividade às normas convencionais no plano interno (art. 2 da CADH).

Este sentido cooperativo entre a Corte IDH e os Estados parte de uma concepção de direitos humanos que visa a promoção da inclusão de pessoas em todo o sistema interamericano, permitindo o preenchimento das lacunas pelos próprios titulares dos direitos humanos, por meio de um diálogo entre a Corte e o Estado e, também, dentro do Estado, por meio de uma interlocução entre atores públicos e privados; Pois, uma vez identificado um problema de ordem estrutural capaz de causar violações de direitos humanos, no Estado, deve-se impulsionar movimentos (sociais, jurídicos, administrativos, legislativos), voltados a reparação integral das vítimas e a não repetição. Desta forma, dentro do Estado, mediante a organização de um aparato institucional comprometido com a realização dos direitos humanos de forma efetiva, todos os seus agentes, por condutas ativas, deverão se voltar para a implementação dos direitos humanos, desencadeando mudanças significativas capazes de reverter um quadro estrutural que favorecia o descumprimento das obrigações convencionais pelos Estados.⁹⁵

⁹³ CALDERÓN GAMBOA, Jorge F. **La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano.** Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de la Nación, 2013. p. 146-219. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2021. p. 172-183.

⁹⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya; FACHIN, Melina Girardi. **Deferência e pluralismo no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos.** 2017. 482 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. p. 158-167.

⁹⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya; FACHIN, Melina Girardi. **Deferência e pluralismo no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos.** 2017. 482 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. p. 167.

Ao tratar das obrigações dos Estados de respeitar as normas de direitos humanos (artigo 1.1), a Convenção Americana parece apontar precisamente para a cooperação entre os níveis nacional e regional especialmente no tocante ao dever de garantia dos direitos humanos. Como aponta o dispositivo convencional, cabe ao Estado respeitar e garantir os direitos humanos a todas as pessoas sem discriminação. Referida norma exige do Estado e todos seus agentes a não violação, seja por condutas omissivas ou comissivas, dos direitos e liberdades convencionalmente reconhecidos, assim como a garantia desses direitos e liberdades, mediante a organização de um aparato institucional comprometido com sua realização efetiva. Nessa linha, deve o Estado impedir, dentro de toda racionalidade possível, a violação aos direitos humanos por meio da prevenção, investigação e punição dos responsáveis, bem como reparar todos os danos delas decorrentes. Nesse âmbito se insere especialmente a realização de um controle difuso de convencionalidade que se materializa na jurisdição doméstica, para o que o diálogo com a jurisprudência interamericana é essencial⁹⁶.

Após prolatada a sentença pela Corte IDH, a coisa julgada engloba as razões de decidir e a parte dispositiva, devendo se observar todos os motivos que levaram a Corte a definir as obrigações dirigidas à proteção e promoção dos direitos humanos, ou seja, é a integralidade da decisão que vincula o Estado.⁹⁷ Feito isto, haverá o monitoramento e supervisão pelo Tribunal até que ocorra o seu integral cumprimento, cuja legitimidade para esta finalidade é ínsita à função jurisdicional que exerce.⁹⁸

Muito embora não se tenha verificado qualquer caso em que houvesse deliberada recusa ao cumprimento da decisão da Corte, em que pese o caráter obrigatório das decisões proferidas⁹⁹, falta um mecanismo para fiscalizar o cumprimento de suas decisões, inexistindo meios de coerção aptos a impor obediência ao Estado infrator; a supervisão do cumprimento da sentença (art. 69 da CADH) prevê alguns mecanismos, dentre estes, exigir relatórios dos

⁹⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya; FACHIN, Melina Girardi. **Deferência e pluralismo no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos**. 2017. 482 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. p. 168-169, 254.

⁹⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya; FACHIN, Melina Girardi. **Deferência e pluralismo no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos**. 2017. 482 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. p. 168-169, 297.

⁹⁸ BICALHO, Luís Felipe. A análise comparativa dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: particularidades sistêmicas e o delineamento de uma racionalidade uniforme. **Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, n. 14, v. 1, p. 42-64, 2011. p. 49.

⁹⁹ “Durante os primeiros anos de trabalho da Corte Interamericana, os Estados não levaram a sério o direito de reparação das vítimas. Assim, o tribunal, a pedido do princípio da complementaridade, foi solicitado a prover reparações às vítimas como parte de sua decisão judicial, elaborando assim sua jurisprudência holística. No entanto, à medida que a consciência desse direito começou a crescer entre os Estados membros da OEA, eles começaram a tomar medidas no nível doméstico para tentar corrigir os danos que haviam causado pela ação ou omissão quando as violações dos direitos humanos estavam em jogo, seja por meio de reparações ordenadas por tribunais ou indenizações dadas às vítimas como parte de um DRP (Domestic reparation program)”. SANDOVAL, Clara. Two steps forward, one step back: Reflections on the jurisprudential turn of the Inter-American Court of Human Rights on domestic reparation programmes. **The International Journal of Human Rights**, London, p. 1192- 1208, 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37045.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2021. p. 2.

Estados e/ou convocar audiências, pois a mera ratificação de documentos convencionais não significa um real indicador de que um Estado irá incorporá-la ao seu sistema jurídico e de que as referidas orientações normativas serão garantia da interrupção das práticas violadoras.

Relativamente ao cumprimento das decisões, o problema que se identifica não está na indenização imposta ao Estado infrator, mas sim na obrigação de fazer¹⁰⁰, investigar e punir os responsáveis pelas violações, em atendimento à orientação jurisprudencial da Corte Interamericana, que estipula três deveres a partir da sentença: 1) indenizar a vítima ou sua família; b) investigar toda a violação, com o intuito de reprimir novos fatos semelhantes; c) punir os responsáveis, inclusive propondo ações de regresso.¹⁰¹

Ainda assim, se o Estado se recusar a dar cumprimento à decisão, sendo responsabilizado internacionalmente, bem como, por meio do relatório anual da Corte à OEA, o incumprimento será comunicado à Assembleia Geral da Organização sobre os Estados que descumprem suas sentenças (art. 65), inclusive, podendo a sua conduta ser considerada como uma nova violação ao Pacto.¹⁰²¹⁰³

Desta forma, as normas que versem sobre Direitos Humanos editadas pelo Sistema se situam em um plano vertical, porém, subsidiário com o direito. Os sistemas coexistem e compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional, interagindo em benefício dos indivíduos protegidos, prevalecendo sempre o que critério da norma mais favorável em matéria de direitos humanos.¹⁰⁴

Do acima exposto, depreende-se que a Corte IDH possui competência para, além de punir violações praticadas, definir as diretrizes e verdadeiros padrões interpretativos sobre os

¹⁰⁰ No ordenamento jurídico brasileiro não há lei que regule especificamente esta matéria, sendo que o cumprimento tais obrigações é uma construção doutrinária a partir de uma leitura do art. 69.2 da CADH. Sobre o tema: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 360.

¹⁰¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. p. 155-156.

¹⁰² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 612-613.

¹⁰³ “O mesmo procedimento é adotado pela Organização Internacional do Trabalho, que adota o sistema de exame de relatórios periódicos realizado pela Comissão Permanente de Peritos e a Comissão de Aplicação das Convenções Recomendações, ambas com o objetivo de identificar se os Estados-membros observam as suas regulações, tanto no plano jurídico quanto prático. Havendo descumprimento sistemático, o relatório é encaminhado à Comissão Tripartite, que o aprecia e dá publicidade ao descumprimento e pode levar à submissão do caso ao Tribunal Internacional de Justiça, pois a OIT não dispõe de jurisdição própria e inexistem disposições específicas/taxativas sobre as sanções para as condutas.” GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 57.

¹⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 54.

direitos humanos para todos os Estados que, de forma voluntária, aderiram ao SIDH, devendo os tribunais nacionais (e sem prejuízo de todos os demais agentes públicos dentro de sua respectiva atuação) aplicarem suas diretrizes em prol do melhor interesse dos direitos humanos.

2.2.3 A incorporação e hierarquia dos tratados sobre direitos humanos no Brasil e o exercício do Controle de Convencionalidade

O Sistema Interamericano atua em redes verticais e horizontais, mediante constante cooperação com os Estados que aderiram voluntariamente à comunidade internacional e assumiram responsabilidades, todavia, seu sucesso depende, em larga escala, do grau de comprometimento dos Estados que o compõem.¹⁰⁵

Ainda que o sistema interamericano ofereça como instituições comuns a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a efetiva vinculação de seus informes, recomendações, sentenças e opiniões consultivas ainda se encontra em estágio de discussão em muitos Estados.

Significa reconhecer que há interlocutores mais dispostos a cooperar que outros, de modo que os standards interamericanos têm permeabilidade diversa nos sistemas jurídicos nacionais, havendo uns mais convergentes, outros engajados em alguns temas, resistentes em outros, como abordado no primeiro capítulo. Entretanto, é possível constatar que existe um panorama em que autoridades do Executivo e dos Judiciários de diversos Estados adotam um discurso de valorização do sistema interamericano e, sobretudo, do papel exercido pela Corte IDH.¹⁰⁶

Para cumprir sua finalidade, o SIDH busca a promoção de uma convergência criativa entre seus membros, abrindo um espaço para trocas argumentativas entre juízes de todo o sistema, com a elaboração de *standards* comuns e, também, a possibilidade de divergência informada, superando a mera resistência fundada em padrões de soberania, sendo capaz de enaltecer a pessoa humana, preservando-a. No entendimento da Corte, sua função é ordenar o

¹⁰⁵ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 477.

¹⁰⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya; FACHIN, Melina Girardi. **Deferência e pluralismo no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos**. 2017. 482 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. p. 236.

pluralismo jurídico¹⁰⁷, estabelecendo uma linguagem comum aos Estados membros, sem sobrepor-lhe na sua soberania, por meio dos tratados e convenções internacionais (e do que deles se depreende por meio da interpretação da Corte IDH), promovendo a internacionalização dos direitos internos e realizando um efetivo diálogo entre as jurisdições dos estados membros de forma supraconstitucional, portanto, considerando-se hierarquicamente acima da Constituição.

No entanto, o papel dos tribunais e dos demais responsáveis pela efetivação dos direitos humanos não pode ser reduzido frente à importância das Cortes internacionais. Não se trata de derogar a competência da jurisdição nacional para o plano internacional (SIDH), ao contrário, a atuação da Corte IDH é subsidiária, estabelecendo o mínimo necessário, e não substitui as ordens nacionais, que são as primeiras responsáveis pela proteção dos direitos humanos. A decisão proferida pela Corte no caso *Membros vs. Honduras*, julgado em 8 de outubro de 2015, enalteceu que cumpre ao Estado controlar a convencionalidade à luz da jurisprudência interamericana e dos padrões internacionais aplicáveis à matéria, ou seja, tendo como paradigma todo o mosaico protetivo dos sistemas globais (onusiano) e regionais (interamericano).¹⁰⁸

Isto porque, a Corte atua como órgão de controle complementar ao Poder Judiciário interno, pois os juízes, como parte do aparato do Estado, também se encontram submetidos a CADH e tem obrigação de velar para que os efeitos das disposições da Convenção não sejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, observando não apenas os tratados internacionais como, também, a forma de interpretação pela Corte.¹⁰⁹ Sendo assim,

¹⁰⁷ “O pluralismo jurídico, dessa forma, oferece um melhor marco conceitual para a análise dos problemas e para a formulação de propostas, diferente da reclamação da autoridade última do Estado ou da sua reconstrução a nível supranacional. Referido conceito prescreve a necessidade de análise dos diversos dispositivos normativos existentes, sejam esses nacionais ou internacionais, para, a partir do estabelecimento de um diálogo, buscar a norma ou interpretação do direito que melhor garanta a efetividade dos Direitos Humanos.” CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. *Pluralismo Jurídico: uma nova perspectiva a respeito da relação entre os sistemas jurídicos internacional e interno*. In: FIGUEIREDO, M. CONCI, L.G.A.. (Org.). **Constitucionalismo Multinível e Pluralismo Jurídico**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, v. 1.p. 14.

¹⁰⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. p. 260-261.

¹⁰⁹ Neste sentido: Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas, sentença de 26 de setembro de 2006, Série C, n. 154, §124; e **Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e Outros) vs. Peru**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2006, Série C, n. 158, §128; e **Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México**. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 26 de novembro de 2010, Série C, n. 220, §§225-233.

cumpra assinalar de que forma o Estado brasileiro se compromete com as disposições internacionais que envolvam os direitos humanos.

Relativamente aos direitos humanos, a Constituição brasileira estabelece que o Brasil, em suas relações internacionais, rege-se, dentre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CF), acrescentando que, dentre os seus princípios, também serão admitidos outros provenientes de tratados internacionais (art. 5º, §2º da CF). Esta premissa decorre da necessidade de democratização não apenas do direito interno, mas também na política internacional, onde o pós-guerra fortaleceu a concepção de um sistema universal para proteção internacional dos direitos humanos, sendo que a sua proteção não deve ser reduzida ao domínio reservado do Estado, pois tema de legítimo interesse internacional.

A prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais significa 1) a revisão da concepção de soberania absoluta do Estado, que passa a admitir intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos e 2) que ao indivíduo são reconhecidos os direitos protegidos na esfera internacional. Outra constatação deste norte principiológico é a de que o Brasil deve buscar a plena integração das regras internacionais na ordem jurídica interna.¹¹⁰

Assim, com a adesão ao sistema interamericano¹¹¹, o direito constitucional deve receber uma influência harmônica; a Constituição ainda permanece como ponto de legitimação e consenso na sociedade brasileira, nada obstante, deve estabelecer diálogo progressivo com uma rede cooperativa integrada por normas internacionais.¹¹² A razão para se adotar instrumentos internacionais ratificados, além de imperativo disposto no art. 27 da Convenção de Viena, ratificado e vigente no Brasil, que obriga a aplicação das normas internacionais de direitos humanos com precedência sobre qualquer outra norma nacional, é integrar, complementar e estender a declaração constitucional de direitos, incorporando-se ao direito brasileiro, como, por exemplo, o direito de toda pessoa ter um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia, nos termos do art. 11 do pacto

¹¹⁰ PIOVESAN, Flávia; CANOTILHO, J.J. Gomes. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 160-161.

¹¹¹ O Estado brasileiro aderiu ao pacto de São José da Costa Rica (vide Decreto n. 678/1992), e, também, a integrou a Convenção ao seu ordenamento jurídico, como o principal instrumento de proteção dos direitos humanos (sem ignorar o sistema global e outros sistemas regionais). O depósito da aceitação de sua competência obrigatória junto à Secretaria-Geral da OEA se deu em 10/12/1998, expressamente aceitando a competência para interpretação e aplicação desse tratado, bem como, reconhecendo a competência interpretativa e contenciosa também pela via normativa nacional, por meio do Decreto Executivo 4.463/2002.

¹¹² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. 1. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003. p. 1059-1060.

Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Os tratados de direitos humanos inovam o universo dos direitos nacionalmente consagrados, reforçando sua imperatividade jurídica, adicionando novos direitos ou suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à sua proteção.¹¹³

A forma de incorporação e início de vigência dos tratados internacionais é compreendida a partir do disposto no art. 5º, § 1º da Constituição¹¹⁴, que rege o status diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais ao estabelecer que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade direta (ou imediata), independentemente de sua localização no texto constitucional¹¹⁵, abrangendo, por não estabelecer distinção, os direitos individuais e sociais.¹¹⁶

As normas constitucionais possuem força normativa e eficácia, contudo, a doutrina cuida da sua classificação para fins de aplicabilidade e capacidade de produção de efeitos jurídicos.¹¹⁷ A aplicabilidade direta ou imediata dos direitos fundamentais não se traduz em aplicabilidade irrestrita, plena, em toda a sua extensão, havendo a necessidade da intermediação do legislador para a realização de seus efeitos, por exemplo, implicando a revogação de normas anteriores em sentido contrário ou mesmo a inconstitucionalidade de normas posteriores que contrariem os parâmetros constitucionais.¹¹⁸ Nada obstante, registra-se que o fato de haver este senso prévio, não retira a eficácia e aplicabilidade das normas¹¹⁹, lado outro, a ausência de

¹¹³ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 89.

¹¹⁴ Constituição Federal, Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003. p. 67-68.

¹¹⁶ Registre-se que apesar do caráter vinculativo e harmônico das disposições constitucionais e convencionais, na prática, o Supremo Tribunal Federal compreendia que as normas internacionais deteriam status infraconstitucional.

¹¹⁷ “A proposta classificatória é importante na medida em que nela se baseiam os operadores do Direito para reconhecer que nem todas as normas constitucionais possuem idêntico grau de eficácia, de capacidade de incidência plena automática e independente de outro texto normativo, sem que, com isso, se esteja a reconhecer, aqui, aquela programaticidade vulneradora da Constituição. Por outro lado, a violação de um comando constitucional por uma lei resulta, automaticamente, na não aplicação daquela norma constitucional, o que não significa que esta não produza qualquer sorte de efeito, nem que não esteja apta a produzi-lo a posteriori. Produz ao menos um efeito imediato, já que serve de base para invalidação da lei que lhe é contrária, o que se obtém a partir da legitimidade da uma Constituição como Lei Suprema”. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 198-197.

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 368-369.

¹¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1990. p. 47.

legislação infraconstitucional não servirá de obstáculo absoluto à aplicação da norma de direito fundamental e extração de efeitos úteis.¹²⁰

Desta maneira, o art. 5º, §1º da Constituição impõe aos órgãos estatais (inclusive os de natureza jurisdicional) o dever de dar máxima eficácia e efetividade possível às normas de direitos fundamentais, estando estes órgãos na condição de destinatários do seu conteúdo.¹²¹

Assim, se, de acordo com um critério formal e institucional, os detentores do poder estatal formalmente considerados (os órgãos dos Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também num sentido material e funcional todas as exercidas pelos órgãos estatais o são. Além disso, importa destacar que de tal vinculação decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando-se, contudo, numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais. [...] o que importa, portanto, é a constatação de que os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade¹²².

Esta interpretação se amplia com o disposto no art. 5º, §2º¹²³ da Constituição, que estabeleceu o dever de observância do sistema jurídico interno aos tratados internacionais que o Brasil seja parte. É o caso da Convenção de Viena, que trata o Direito dos Tratados, internalizado no direito brasileiro pelo Decreto Executivo n. 7.030/2009 e de onde se extrai o reconhecimento expresso aos princípios universais do costume internacional, dentre estes o livre-consentimento, a boa-fé e o *pacta sunt servanda*.¹²⁴ Assim, o Brasil se obriga a cumprir os tratados incorporados, vedando-se a negativa de aplicação aos quais aderiu.¹²⁵ A vigência dos tratados internacionais deve se dar a partir da ratificação pelo Presidente da República,

¹²⁰ “Em termos pragmáticos, o que importa destacar, neste contexto, é o fato de que um direito fundamental não poderá ter sua proteção e fruição negadas pura e simplesmente por conta do argumento de que se trata de direito positivado com norma programática e de eficácia meramente limitada. pelo menos não no sentido de que o reconhecimento de uma posição subjetiva se encontra na completa dependência de uma interposição legislativa”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 370.

¹²¹ Dentre outros, os julgamentos do Ag. 410-715-SP (análise do art. 208, IV da CF, assegurando o direito de creche para crianças entre 0 e 6 anos); RE 271.286/RS (análise do art. 196 da CF, assegurando o acesso a medicamentos às pessoas necessitadas); MI 585/TO (análise do art. 37, VII, da CF, assegurando o direito de greve dos servidores públicos); RE 377.040/RS (análise do art. 5, I, e 226, §5º da CF, assegurando a igualdade entre sexos para fins previdenciários).

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 375-376.

¹²³ Art. 5º, §2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte.

¹²⁴ HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, Geraldo E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 21. ed. São Paulo: editora? 2014. p. 215.

¹²⁵ Decreto-Lei nº. 7.030/2009, Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

conforme competência atribuída pelo art. 84, VIII da Constituição Federal.¹²⁶ A aplicabilidade direta é um mecanismo privilegiado de efetivação dos direitos humanos previstos em convenções internacionais. A partir de sua vigência, há que se ter efetivação imediata pelos tribunais (*self-executing*).¹²⁷

Por seu turno, o art. 5º, §3º da Constituição estabelece 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”¹²⁸, sendo uma regra clara no sentido de que os tratados internacionais “concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do País como normas de hierarquia constitucional”¹²⁹, ampliando seu bloco de constitucionalidade, pois se a Constituição não exclui os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela os inclui no seu catálogo de direitos protegidos. Pode-se dizer, assim, que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos possuem envergadura constitucional, com aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior.¹³⁰ Ao dispor desta forma, além dos direitos fundamentais garantidos pela

¹²⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 156. Em mesmo sentido, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 927.

¹²⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v I, 2. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 539.

¹²⁸ Neste sentido validou o Superior Tribunal de Justiça ao realizar julgamento do RHC 18.799/RS, julgado em 09/05/2006. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. José Delgado. RHC 18.799/RS. **DJE**. 08/06/2006. Acesso em: 01/10/2020; Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=607437&num_registro=200502114587&data=20060608&formato=PDF. Acesso em: 25 fev. 2022.

¹²⁹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 77. No mesmo sentido, CANOTILHO, J.J. Gomes. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 554.

¹³⁰ Prevalece o entendimento pela constitucionalidade dos pactos, tratados e convenções ratificados sob o rito do art. 5º, §3º, e pela supralegalidade quando incorporados anteriormente à EC n. 45/2004, pois adotado um sistema menos rígido.

própria Constituição, esta amplia a proteção para abranger aqueles direitos estejam previstos em tratados internacionais.¹³¹¹³²

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 466.343 destacou, no voto de Min. Gilmar Mendes,¹³³ a necessidade de revisitar a jurisprudência da Corte para determinar o caráter especial dos tratados de direitos humanos, com lugar privilegiado no ordenamento jurídico, em vista da premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional, uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltados à proteção do ser humano:

[...] os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teria um lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

¹³¹ [...]. Assim, a despeito do caráter analítico do Título II, da CF, onde estão contidos os direitos e garantias fundamentais como tal designados e reconhecidos pelo constituinte, cuida-se de uma enumeração não taxativa. O art. 5º, §2º, da CF, representa, portanto, uma cláusula que consagra a abertura material do sistema constitucional de direitos fundamentais como sendo um sistema inclusivo e amigo dos direitos fundamentais. [...]. A partir do disposto do art. 5º, §2º, da CF, é possível identificar dois grandes grupos de direitos e garantias fundamentais: a) os expressamente positivados, portanto, com direito assento em texto normativo, que, por sua vez, abrangem os direitos e garantias fundamentais do Título II, os direitos dispersos pelo texto constitucional, portanto, situados em outras partes da Constituição, bem como os direitos expressamente reconhecidos e protegidos pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil; b) direitos decorrentes do regime e dos princípios ou direitos implícitos, aqui compreendidos, em sentido amplo, como todos aqueles direitos e garantias não diretamente (explicitamente) positivados. Cada uma das categorias arroladas envolve, apesar das características comum de comporem o universo dos direitos fundamentais consagrados pela ordem jurídico-constitucional brasileira, uma séria de aspectos teóricos peculiares. CANOTILHO, J.J. Gomes. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 551.

¹³² O poder de celebrar tratados possui uma sistemática própria em cada Estado. Em geral, os atos envolvendo a negociação, conclusão e assinatura são de competência do Poder Executivo. A assinatura, por si só, representa aceite precário e provisório e não induz efeitos jurídicos vinculantes. Após a assinatura, o tratado é enviado para discussão e aprovação pelo Poder Legislativo. Se aprovado, é encaminhado para ratificação e confirmação formal pelo Poder Executivo, sendo este ato (ratificação) que irradia efeitos nos planos Internacional e Nacional. No Brasil, vigora a citada sistemática, sendo que a Constituição Federal consagra a colaboração entre Executivo e Legislativo. No art. 84, VII da Constituição Federal determina que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados internacionais. E, no artigo 49, I, disciplina que cumpre ao Congresso Nacional, resolver definitivamente sobre os tratados. Nada obstante, resta lacuna sobre os prazos para o exercício das referidas competências.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466.343**. Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008. EMENTA: 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.

Este entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal é de que os tratados internacionais devem sofrer um controle de constitucionalidade.¹³⁴¹³⁵ Assim, ao recepcionar os tratados com posição hierárquica de constitucionalidade se deduz três possíveis hipóteses: Os efeitos dos tratados equivalentes às emendas constitucionais são (1) reformar a Constituição no que for conflitante; (2) não poderem ser denunciados, mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo o Presidente da República, ser denunciado, por crime de responsabilidade (art. 85, III da CF), em caso de descumprimento desta regra; (3) serem paradigma do controle concentrado de convencionalidade, podendo servir de fundamento para que os legitimados possam propor ações de controle abstrato a fim de invalidar (ou compatibilizar) *erga omnes* as normas domésticas com eles incompatíveis.¹³⁶

O Superior Tribunal de Justiça, recentemente, reforçou o entendimento de que as normas internacionais sobre direitos humanos foram recepcionadas com adesão vinculativa, quando entendeu por invalidar o tipo penal do desacato (art. 331 do Código de Processo Penal), por afronta ao art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, fundamentando que “a adesão ao Pacto significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais nele reconhecidos”¹³⁷, bem como, mencionado o Caso Loyaza Tamayo vs. Peru,

¹³⁴ “Poderia objetar-se ser propriamente controle de constitucionalidade o exercido em razão dos tratados de direitos humanos internalizados pela sistemática do art. 5º, §3º, por ostentarem equivalência de emenda constitucional. Para nós, apenas quando existe afronta à Constituição mesma é que pode haver controle de constitucionalidade propriamente dito. Ainda que os tratados de direitos humanos (material e formalmente constitucionais) sejam equivalentes às emendas constitucionais, tal não autoriza a chamar de controle “de constitucionalidade” o exercício de compatibilidade vertical que se exerce em razão deles notadamente no caso de o texto constitucional permanecer incólume de qualquer violação legislativa (ou seja, no caso de a lei não violar a Constituição propriamente, mas apenas o tratado de direitos humanos em causa). Em suma, deve-se chamar de controle de constitucionalidade apenas o estrito caso de (in)compatibilidade vertical das leis com a Constituição, e de controle de convencionalidade os casos de (in)compatibilidade legislativa com os tratados de direitos humanos (formalmente constitucionais ou não) em vigor no país. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. p. 253-255.:

¹³⁵ “Os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos têm status diferenciado no ordenamento jurídico interno. Quando internalizado conforme o rito previsto no art. 5º, §3º, assumem hierarquia de emenda constitucional, de modo que se sobrepõem à legislação ordinária e constituem parâmetro para o controle de constitucionalidade.” BARROSO, Luís Roberto; TIBÚRCIO, Carmen. **Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 224.

¹³⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. p. 231-245; No mesmo sentido: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 83.

¹³⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.640.084-SP**. Quinta Turma. Relator Min. Ribeiro Dantas. Julgamento em 15 dez. 2016. Publicado em 01 jan. 2017. p. 15.

ressaltaram que “as recomendações da CIDH (Comissão Interamericana) assumem força normativa interna”.¹³⁸

Assim, as normas internacionais envolvendo direitos humanos promovem o diálogo entre as fontes de proteção do direito interno, optando-se na sua internalização, por aquela que mais valorize a dignidade da pessoa humana.¹³⁹ Havendo choque entre norma constitucional e norma internacional, o imperativo será a utilização do princípio hermenêutico *pro persona* ou *pro homine*, que deduz a forma a proteção e garantia mais favorável ao ser humano.¹⁴⁰ Se houver uma incompatibilidade grave, a norma constitucional deve passar por uma reformulação/harmonização¹⁴¹, mediante um diálogo com a norma internacional e sua aplicação jurisprudencial para, assim, permitir a maximização do direito¹⁴², elevando os patamares de proteção da dignidade da pessoa humana e atendendo aos anseios da comunidade internacional.

A conformidade entre direito nacional e supranacional resultaria de uma certa dose de controle, mas também de alguma deferência às autoridades domésticas, para que disponham de certa flexibilidade na implementação de suas normas. Nesse caso, as normas supranacionais adquirem uma força diretiva que passa a ser complementada pelas normas nacionais, as quais têm resguardado algum espaço de autonomia em função da aplicação do princípio da subsidiariedade ou complementariedade. Nessa ordenação dinâmica inerente à harmonização, verifica-se um processo de ‘hierarquias emaranhadas’, que transparece um movimento ascendente do direito interno para o direito supranacional, e outro descendente, em que o direito supranacional se

¹³⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.640.084-SP**. Quinta Turma. Relator Min. Ribeiro Dantas. Julgamento em 15 dez. 2016. Publicado em 01 jan. 2017. p. 14.

¹³⁹ “Em função dessa noção flexibilizada e relativizada de soberania, esvazia-se a discussão entre monismo e dualismo, já que incidem simultaneamente sobre os casos submetidos às jurisdições normas nacionais, regionais ou internacionais. Os critérios para solução de eventuais entraves passam por princípios como o da norma mais benéfica e o da subsidiariedade. Os valores comuns consagrados na ordem jurídica internacional – em grande medida incorporados em diversas ordens nacionais – passaram a exigir coordenação e articulação, e não critérios exangues e excludentes como os defendidos pelas teorias monistas e dualista. [...] Monismo e dualismo, segundo Amin Von Bodandy, devem ser substituídos por uma teoria do pluralismo jurídico, única, capaz de enfrentar o atual relacionamento entre normas jurídicas nacionais e internacionais, que não pode ser simplesmente resolvido pela pirâmide kelseniana, mas por uma concepção de ‘acomplamento’. OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya; FACHIN, Melina Girardi. **Deferência e pluralismo no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos**. 2017. 482 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. p. 28-32.

¹⁴⁰ “En este aspecto, me parece que el criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. Ese criterio fundamental --principio pro homine del Derecho de los Derechos Humanos--, conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción, de manera que si, en los términos en que está definido por la Convención el derecho de rectificación o respuesta, podría ser aplicado aun a falta de las referidas "condiciones que establezca la ley", es un derecho exigible per se”. CORTE IDH. **Opinião Consultiva oc-7/86**. de 29 de agosto de 1986, serie A, núm. 7, §36.

¹⁴¹ CORTE IDH. **Caso Guelman vs. Uruguai**. Publicado em 24 fev. 2011. §238-239.

¹⁴² CORTE IDH. **Caso Cabrera Garcia vs. México**. Publicada em 26 nov. 2010, §223.

nacionaliza. É precisamente a constitucionalização do direito internacional e a internacionalização do direito constitucional.¹⁴³

Por seu turno, o controle de convencionalidade deve ser realizado de maneira difusa, guardando o controle concentrado apenas à última instância¹⁴⁴, onde o propósito é resguardar a soberania estatal e promover um efetivo diálogo entre as fontes com a conformação dos *standards* de conduta, verificando a compatibilidade substancial das leis e dos atos normativos do Poder Público com os tratados internacionais de direitos humanos que forem recepcionados pelo ordenamento jurídico¹⁴⁵; se suas disposições coincidem, complementam ou contrariam as normas de direito interno. Deste modo, ao lado da Constituição, os tratados internacionais de direitos humanos, por meio de seu status supralegal, servem de parâmetro vertical de controle de normas jurídicas e atos materiais estatais¹⁴⁶ e de atores privados.

No âmbito doméstico, o controle difuso de convencionalidade (e constitucionalidade) pelo Judiciário (e por todos os operadores do ordenamento jurídico, ex. legislativo, administração pública etc.¹⁴⁷) impõe que estes devem, *ex officio*¹⁴⁸, interpretar a Convenção e os tratados em linha com o entendimento da Corte IDH¹⁴⁹; pois as leis e decisões em dissonância devem ser consideradas inválidas.

a) Carácter “difuso”: todos los jueces nacionales “deben” ejercerlo. Se advierte claramente una “internacionalización del Derecho Constitucional”, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos

¹⁴³ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya; FACHIN, Melina Girardi. **Deferência e pluralismo no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano**: diálogos judiciais sobre direitos humanos. 2017. 482 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. p. 40-41.

¹⁴⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad**: vicissitudes para su construcción en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 388-389.

¹⁴⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 150, p. 27-53, abr./jun. 2001. p. 114.

¹⁴⁶ MOREIRA, Thiago de Oliveira. **Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRRN, 2015. p. 245.

¹⁴⁷ “Finalmente, este Corte considera pertinente recordar, sem prejuízo do ordenado, que no âmbito de suas competências, ‘todas as autoridades e órgãos de um Estado parte da Convenção têm a obrigação de exercer um ‘controle de convencionalidade’. Corte IDH. **Caso de Pessoas Dominicanas e Haitianas vs. Colômbia**. Publicado em 30 nov. 2012. § 142.

¹⁴⁸ CORTE IDH. **Caso Trabajadores Cessados do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru**. Publicado em 24 nov. 2006, §128.

¹⁴⁹ CORTE IDH. **Caso Cabrera Garcia vs. México**. Publicada em 26 nov. 2010, §225.

previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”.¹⁵⁰

Isto porque, a Corte IDH atribui efeito *erga omnes* de suas decisões, que passam a integrar o *corpus iuris* interamericano, ao menos devendo ser considerada de forma argumentativa, gerando efeitos vinculantes para todos os integrantes sujeitos a jurisdição do SIDH¹⁵¹, e, assim, estabelecendo o que se seria considerado como “mínimo” previsto pela CADH e jurisprudencial internacional, “a partir dessa concepção, ganha um novo sentido a ideia de constituição material, de modo que o juiz doméstico vê alargado seu repertório normativo a fim de tornar efetivas as propostas constitucionais”.¹⁵²

No que tange à aplicação das normas internacionais (tratados e as mencionadas decisões da Corte) pelos Estados, a Corte IDH destaca que cumpre aos Estado promover a sua realização na ordem jurídica interna, pois é o Estado que detém a competência jurisdicional legal para dirimir a violação de direitos humanos e, acima de tudo, por sua capacidade real de cobrir todos os problemas que surgem no nível doméstico.¹⁵³

Nesta perspectiva hoje é possível ao Poder Judiciário exercer o chamado controle de convencionalidade das leis, ou seja, a legislação brasileira deve, para ser válida, manter harmonia e compatibilidade não apenas com os dispositivos constitucionais expressos, mas também para com os tratados de direitos humanos que o Brasil faça parte. Com relação aos tratados que adentrem a órbita jurídica interna pelo rito especial do artigo 5º, §3º, estes tem reconhecida a sua hierarquia constitucional, passando a integrar o chamado Bloco de Constitucionalidade Restrito. A ideia de bloco de constitucionalidade aponta para o reconhecimento de normas de hierarquia constitucional existentes fora da própria Constituição. Para além de estarem de acordo com os valores e opções políticas traçadas pela Constituição de 1988, as leis deverão também passar por um exame de harmonia e adequação em relação aos valores éticos

¹⁵⁰ CORTE IDH, **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Publicado em 26 nov. 2010. § 21. No mesmo sentido: Desde um juiz singular (estadual ou federal) até os tribunais estaduais (Tribunais de Justiça dos Estados) ou regionais (v.g. Tribunais Regionais Federais) ou mesmo os tribunais superiores (STJ, TST, TSE, STF etc.), todos eles podem (e devem) controlar a convencionalidade ou suprallegalidade das leis pela via incidente (difusa). À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar ex officio as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comum) vigentes no país. MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 150.

¹⁵¹ TORELLY, Marcelo. **Governança transversal dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 261.

¹⁵² OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya; FACHIN, Melina Girardi. **Deferência e pluralismo no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos**. 2017. 482 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. p. 235.

¹⁵³ CORTE IDH. **Caso Tibi vs. Equador**. Publicado em 07 set. 2004. § 8-9.

protetivos da pessoa humana previstos na ordem internacional por meio dos tratados de direitos humanos cujo Brasil tenha feito adesão.¹⁵⁴

As cláusulas de abertura previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro, permitem a formação do bloco de convencionalidade-constitucionalidade de proteção dos direitos humanos, compreendendo uma integração jurisdicional com as fontes regionais (SIDH) através um diálogo judicial cooperativo com o *corpus iuris*¹⁵⁵, permitindo o exercício de um controle de convencionalidade a partir dos tratados, convenções e decisões do sistema interamericano (e global), sob pena de o Estado ser responsabilizado por sua omissão nas infrações cometidas em seu território.

Isto delimitado, pode-se retomar a ainda presente indagação de Norberto Bobbio, de que a grande questão não estaria no discurso filosófico sobre os conceitos inclusos na ideia de direitos humanos, mas sim, em garantir a efetiva proteção da vida do indivíduo, efetivando-se seus direitos humanos fundamentais.¹⁵⁶

O conflito estabelecido entre o direito interno e a Corte IDH acerca da força vinculante dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e sua respectiva eficácia, para dizer o mínimo, retardam e/ou distorcem a adoção das prerrogativas conformadoras estabelecidas pelo sistema interamericano e, assim, lhe retiram/enfraquecem a exigibilidade pelos atores estatais e privados no direito interno em detrimento da mínima condição de dignidade da pessoa humana. Soma-se a isto, a ausência de mecanismos jurídicos coercitivos para que se exista um efetivo cumprimento dos diálogos entre as fontes na sistemática tensionada pela Corte IDH, com a implementação das suas decisões orientativas pelo direito interno e, além disto, consequências econômicas e reputacionais para os aqueles que violarem direitos humanos.

Falta ao plano internacional uma estrutura de organização política que possa sugerir a comparação com o papel do constitucionalismo dentro dos Estados, já que estaria desprovido de mecanismos capazes de implementar, pelo uso da força, suas decisões

¹⁵⁴ PILLA, Maria Cecília Barreto Amorim; ROSSI, Amélia Sampaio. **Constituição de 1988: o avanço dos Direitos Humanos Fundamentais**. Estudos Ibero-Americanos, Porto Alegre, v. 44, n. 2, p. 273-284, maio-ago. 2018. p. 283. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/iberoamericana/article/view/28662/17112>Acesso em: 06 out. 2020.

¹⁵⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya; FACHIN, Melina Girardi. **Deferência e pluralismo no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos**. 2017. 482 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. p. 316.

¹⁵⁶ BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7 reimpressão. p. 19.

no plano concreto, bem como mecanismos de *checks and balances*. A dimensão coercitiva, aliás, sequer seria desejável pelas dificuldades empíricas e morais decorrentes de uma autoridade mundial com esse nível de poder.¹⁵⁷

A despeito dos divergentes entendimentos sobre a recepção e aplicabilidade dos tratados de direitos humanos no ordenamento nacional, remanesce, no plano atual, verificar o nível efetivo de controle material dos atos jurídicos emanados pelo Estado e pelos particulares, sobretudo na atividade empresarial, conformando com as formulações do sistema interamericano, e se se aplicam de maneira a ampliar e garantir a interpretação protetiva mais abrangente (*pro persona*) ao indivíduo e, de forma reflexa, à sociedade. Remanescente a falta de efetiva proteção dos direitos humanos, procurar-se-á soluções no direito interno, nesta tese, através da regulação da livre concorrência, dialogando-o com as premissas vinculantes do SIDH para garantir a proteção mais abrangente do indivíduo. Para tanto, antes disto se faz necessário estabelecer o vínculo entre empresas e os direitos humanos no direito internacional e interno.

2.3 NORMAS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL E INTERNO

A internacionalização do direito por meio da incorporação de normas internacionais ao ordenamento jurídico nacional repercute em toda a esfera pública e privada, tendo como propósito a harmonização e efetivação dos direitos e deveres de proteção, promoção e respeito aos direitos humanos. Por compor o bloco protetivo, cumpre avançar às normas internacionais específicas que visam estabelecer vínculos entre os direitos humanos e a atividade empresarial e, na sequência, verificar a atuação da Corte Interamericana sobre as violações de direitos humanos por empresas, pois a sua atuação consolida o *corpus iuris* do sistema interamericano, com eficácia *erga omnes* aplicáveis aos Estados vinculados voluntariamente, em todas as suas relações jurídicas e, também, aos particulares em relação aos outros particulares.¹⁵⁸

Desta maneira, apresenta-se o vínculo entre empresas e direitos humanos no cenário internacional, onde, sob o ponto de vista do DIDH, se verá que as últimas décadas concentraram

¹⁵⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya; FACHIN, Melina Girardi. **Deferência e pluralismo no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano**: diálogos judiciais sobre direitos humanos. 2017. 482 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. p. 37-38.

¹⁵⁸ CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC-18/03**, publicada em 17 set. 2003, § 140.

esforços relevantes de organizações internacionais e da sociedade civil para responder as contínuas e crescentes violações de direitos humanos cometidas por Estados e/ou Empresas.

Nada obstante, pode-se antecipar que apesar de grande evolução teórica, remanesce falta de concretização efetiva dos atores públicos e privados, erodindo ao ponto central da presente tese, qual seja, a partir de uma interpretação sistemática do sistema jurídico brasileiro, incluindo a influência multinível das normas e convenções internacionais (sistema interamericano) e da Corte IDH, configurar como ilícito de natureza concorrencial a atividade empresarial com abuso de direitos humanos na cadeia produtiva.

Tipicamente, as reclamações contra as empresas envolvem não apenas direitos humanos relacionados com o trabalho, mas um espectro geral de direitos violados indiretamente. Em estudo realizado por John Ruggie,¹⁵⁹ a partir de um inventário mundial de reclamações armazenado pela *Business & Human Rights Resource Centre (BHRRC)*, uma organização não governamental sediada em Londres, se verificou que no período de fevereiro-2005 até Dezembro-2007, 320 (trezentas e vinte) reclamações relataram violações envolvendo situações laborais¹⁶⁰, citando-se com mais frequência, direito ao trabalho (por exemplo, rescisões arbitrárias ou retaliatórias de emprego, dispensas em massa sem compensação, contratação de grande número de trabalhadores temporários com limitada ou nenhuma garantia de emprego); o direito a uma remuneração justa e favorável (muitas vezes paga abaixo do mínimo legal ou com cálculos imprecisos); e o direito a um ambiente de trabalho seguro (questões de saúde e segurança). Embora tenha havido inúmeras alegações sobre os direitos dos trabalhadores das empresas para organizar a liberdade de associação, este não foi classificado entre os três mais reclamados - o que pode dizer mais sobre a baixa expectativa dos trabalhadores do que sobre a alta adesão das empresas ao padrão internacional. Outras alegações incluíram a tolerância de assédio sexual na rotina laboral, bem como abuso físico e sexual de trabalhadoras; emprego de trabalho infantil; e apreensão de documentos de identidade do trabalhador, o que pode resultar

¹⁵⁹ “I used the benchmark for this purpose are those recognized in the International Bill of human Rights (IBHR), which consists of the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, and the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights. To this I added the ILO’s Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work”. RUGGIE, John Gerard Ruggie. **Just Business. Multinational Corporations and Human Rights**. W. W. Norton & Company inc: New York, 2013. p. 19-29.

¹⁶⁰ 1) Freedom of association; 2) Right to organize and participate in collective bargaining; 3) Right to nondiscrimination; 4) Abolition of slavery and forced labor; 5) Abolition of child labor; 6) Right to work; 7) Right to equal pay for equal work; 8) Right to just and favorable remuneration; 9) Right to a safe work environment; 10) Right to rest and leisure; 11) Right to family life.

em trabalho forçado. No extremo dos abusos "flagrantes", os casos incluíram alegações de empresas contratando forças de segurança e colaboração com forças paramilitares que espancaram, torturaram e até mataram organizadores sindicais ou manifestantes.

Além destes direitos trabalhistas 'diretos', as violações refletem 'indiretamente'¹⁶¹ em outros direitos humanos: Os direitos relacionados à saúde dominaram essa categoria e envolveram questões como a exposição da comunidade a poluentes e outras toxinas. Os direitos relacionados com a segurança das pessoas envolveram quase metade de todos os casos. O direito a um padrão de vida adequado foi o próximo; exemplos incluem a degradação de terras agrícolas ou locais de pesca como resultado de atividades corporativas. Numerosos casos diziam respeito ao deslocamento de comunidades para o benefício de projetos extrativos ou de infraestrutura: a falha em obter o consentimento informado da comunidade, compensação inadequada, não fazendo provisões para realocação de pessoas deslocadas e benefícios de deslocamento forçado. Empresas de serviços financeiros foram citadas por financiar tais projetos. Também surgiram questões clássicas de direitos civis, embora em menor número, incluindo igual reconhecimento e proteção perante a lei, bem como o direito a um julgamento justo, decorrente da suposta interferência da empresa no processo judicial.

Mensurou-se que estes abusos de direitos humanos impactam, principalmente, as comunidades (em 45% dos casos) e os trabalhadores (em 45% dos casos). Apenas em 10%, se verificou repercussão para os usuários finais. Diferentes setores de produção afetam os direitos humanos nas duas principais categorias, todavia, os maiores impactos aos trabalhadores são causados pela indústria têxtil e calçadista, e, na comunidade, pela indústria extrativa.¹⁶² Já para os usuários finais, as alegações se baseiam no acesso à medicamentos essenciais, em razão dos custos proibitivos ou das restrições de propriedade intelectual. Além disto, neste levantamento se identificou que em 59% dos casos, os abusos são cometidos diretamente pela empresa e em

¹⁶¹ 1) Right to life, liberty, and security of the person; 2) Freedom from torture or cruel, inhuman, or degrading treatment; 3) Equal recognition and protection under the law; 4) Right to a fair trial; 5) Right to self-determination; 6) Freedom of movement; 7) Right of peaceful assembly; 8) Right to marry and form a family; 9) Freedom of thought, conscience, and religion; 10) Right to hold opinions, freedom of information and expression; 11) Right to political life; 12) Minority rights to culture, religious practice, and language; 13) Right to privacy; 14) Right to social security; 15) Right to an adequate standard of living (including food, clothing, and housing); 16) Right to physical and mental health; access to medical service; 17) Right to education; 18) Right to participate in cultural life, the benefits of scientific progress, and protection of authorial interests.

¹⁶² 29% Extractive; 21% Retail & Consumer Products; 12% Pharmaceutical & Chemical; 9% Infrastructure & Utility; 8% Financial Services; 7% Food & Beverage; 6% Other; 4% Heavy Manufacturing.

41% dos casos, os abusos são cometidos por terceiras partes ou partes pertencentes à cadeia de fornecimento (subsidiárias), em ambas as situações ligadas à empresa.

São constatações como estas que ensejaram buscas por respostas no âmbito internacional, desenvolvendo-se diversos instrumentos normativos com o intuito de estabelecer limites éticos e jurídicos para a atuação empresarial e os parâmetros de conduta a serem seguidos pelos Estados. Assim, para se adentrar à estas normas internacionais, se faz necessário retomar a relação de eficácia entre as normas internacionais de direitos humanos e as empresas a partir da precursora obra de Andrew Clapham. Feito isto, se avançará às normas internacionais propriamente ditas e a problemática questão da responsabilização dos atores privados.

A primeira corrente expõe serem os Estados os principais atores do sistema internacional e os únicos titulares de obrigações derivadas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esta vertente enfatiza a responsabilidade do Estado, bem como estabelece que, nos casos em que os particulares pratiquem atos que ameacem ou afetem os direitos humanos, estes casos serão tratados à luz das obrigações que os Estados possuem de assegurar o respeito destes.¹⁶³

Esta perspectiva é precedida pela ideia de que o direito internacional é território exclusivo dos Estados e a extensão das obrigações legais a atores não estatais lhes outorga uma legitimidade que afeta e/ou mina a autoridade do Estado e, portanto, dilui suas responsabilidades que tocam às suas obrigações em matéria de direitos humanos.¹⁶⁴

Desta sistemática, decorrem duas variantes, a primeira onde o Estado firma acordos internacionais responsabilizando-se por fiscalizar e punir infrações praticadas pelos particulares, portanto, atuando de maneira indireta. E a segunda, seria estabelecer a responsabilidade direta do ator privado, tal qual a do Estado, mediante expressa previsão em tratado internacional. No entanto, isto não ocorreu até hoje e dificilmente acontecerá, haja vista que os Estados resistem a firmar acordos internacionais delegando às organizações internacionais, a possibilidade de fiscalizar e punir infrações de direitos humanos pela iniciativa privada.

¹⁶³ CLAPHAM, Andrew. **Human Rights obligations of Non – State Actors**. 1. ed., New York: Oxford University Press, 2006. p. 25.

¹⁶⁴ CLAPHAM, Andrew. **Human Rights obligations of Non – State Actors**. 1. ed., New York: Oxford University Press, 2006. p. 25.

A segunda corrente se sustenta na ideia de que é necessário encontrar novos caminhos para responder aos avanços da atividade empresarial na globalização, pois os Estados se tornam cada vez menos poderosos e influentes, sendo substituídos por outros atores, as empresas transnacionais e instituições internacionais¹⁶⁵, de modo que o sistema internacional se encontra cada vez mais condicionado às conveniências de grandes agentes econômicos e financeiros, fazendo com que as forças de mercado tendam a prevalecer sobre a decrescente eficiência reguladora do direito internacional.

A terceira corrente pretende superar a postura tradicional de centrar a responsabilidade apenas no Estado, com o argumento de que os espaços normativos não emanam exclusivamente deste, mas também de outras instâncias obrigatórias para os indivíduos. Para o autor, o direito internacional admite que os Estados não são os únicos sujeitos de direito e que, muito embora os atores privados não gozem dos mesmos privilégios, obrigações e direitos que os Estados, estes também não contam com os mesmos direitos dos indivíduos.¹⁶⁶ Portanto, os direitos e deveres internacionais dependem da capacidade do agente ser titular de tal e não da subjetiva questão sobre quem poderia ser sujeito de direito internacional (se apenas o Estado ou outros agentes, conforme se aduz da construção doutrinária).¹⁶⁷

Assim, as normas (convencionais ou extra-convencionais¹⁶⁸) que foram criadas e reconhecidas pelos Estados também poderiam ser aplicadas aos atores não estatais, tornando-os, desta forma, capazes de serem considerados como responsáveis por suas violações. A respeito desta controversa eficácia das normas internacionais aos particulares, Javier Mijangos, em análise sobre a doutrina *drittwirkung* na Corte IDH, especificamente na Opinião Consultiva OC-18/03, compreende que os direitos fundamentais são limites diretos à atuação dos

¹⁶⁵ CLAPHAM, Andrew. **Human Rights obligations of Non – State Actors**. 1. ed., New York: Oxford University Press, 2006. p. 25-28.

¹⁶⁶ CLAPHAM, Andrew. **Human Rights obligations of Non – State Actors**. 1. ed., New York: Oxford University Press, 2006. p. 62.

¹⁶⁷ CLAPHAM, Andrew. **Human Rights obligations of Non – State Actors**. 1. ed., New York: Oxford University Press, 2006. p. 70-71.

¹⁶⁸ “Los Mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos se refieren a aquellos en los cuales los Estados asumen obligaciones sobre una base estrictamente convencional, es decir, sujeta a la ratificación de un tratado por parte de un Estado (e.g. la Convención para la eliminación de la discriminación racial, en la cual los estados se obligan a presentar informes sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole, se hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la convención o el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Los mecanismos extra convencionales de protección de los derechos humanos se refieren a “mecanismos de protección creados por resolución de los órganos competentes de las respectivas organizaciones internacionales, y no por tratados específicos de derechos humanos”. VILLAN DURAN, Carlos. **Curso de derecho internacional de los derechos humanos**. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 572.

particulares, e que embora uma norma de caráter internacional não possa ser aplicada diretamente a uma disputa entre particulares, mas sim a um Estado, ela o faz indiretamente. Isto não implica que a eficácia da referida norma seja mediata do ponto de vista material, mas imediata na medida em que o que desencadeia a responsabilidade do Estado é a prévia lesão de um direito de um particular por outro.¹⁶⁹

Por outro turno, um novo fator se insere para afastar a sua aplicação direta das normas internacionais aos particulares, qual seja, a grande parte das normas que são utilizadas em nível internacional, para interpretar e outorgar conteúdo a determinados direitos estabelecidos em instrumentos obrigatórios, pertencem à categoria de normas *soft-law*, ou seja, instrumentos internacionais emanados por organizações ou em conferências internacionais que carecem de natureza jurídica vinculante.¹⁷⁰

Desta maneira, a despeito da compreensão do bloco de constitucionalidade e convencionalidade formado pela perspectiva plural e harmônica do Sistema Interamericano, a evolução normativa e doutrinária sobre a forma de vinculação dos particulares (empresas) aos direitos humanos (normas internacionais) ainda remanesce controversa. Em busca de respostas, se propuseram vias alternativas para regulação da atividade empresarial no seio do direito internacional, objetivando frear o contínuo avanço das violações de direitos humanos praticados por empresas (com ou se a participação dos Estados).

Esta mudança paradigmática se inicia pelo avanço sobre o conceito clássico de sujeito de direito internacional centrado na figura exclusiva do Estado, sendo este, portanto, o único destinatário das normas internacionais e, teoricamente, responsável pela prática de violações de direitos humanos. A partir da década de 70, os organismos internacionais passam a voltar sua atenção para as violações de direitos humanos praticadas por empresas, em razão do crescimento, abrangência e o poderio econômico estarem cada vez maior com o processo de globalização econômica, cujos impactos passaram a remodelar os contextos social, cultural e político que se encontravam inseridas.

¹⁶⁹ GONZÁLES MIJANGOS, Javier. La doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *In: Derecho Procesal Constitucional. 50 años de desarrollo científico: 1956-2006*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, p. 1-24. p. 21-22.

¹⁷⁰ PEDRAZA, Mónica Andrea Tangarife. **La estructura jurídica de la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales em casos de violaciones a los derechos humanos**. Alemania: Editorial Académica Española, 2011. p. 20-21.

Multinational corporations became the central focus of business and human rights because their scope and power expanded beyond the reach of effective public governance systems, thereby creating permissive environments for wrongful acts by companies without adequate sanctions or reparations. Thus, business and human rights is a microcosm of a larger crisis in contemporary governance: the widening gaps between the scope and impact of economic forces and actors, and the capacity of the societies to manage their adverse consequences.¹⁷¹

Este novo contexto socioeconômico pode ser confirmado com dados mais recentes, por exemplo, no ano 2000, das 100 maiores economias do mundo, 49 eram Estados e 51 multinacionais.¹⁷² Em 2015, 69 das principais entidades do mundo são corporações e não países e, além disto, as 10 maiores corporações do mundo (Apple, Google, Walmart, Microsoft) possuem uma receita combinada superior à de 180 países “pobres”.¹⁷³

Dentre os principais movimentos de busca por vinculação entre empresas e direitos humanos, inicia-se com o Conselho Econômico e Social (ECOSOC) da ONU, reunido em 1973, que determinou a constituição de um “Grupo de Eminentes” para avaliar o impacto da atuação das empresas transnacionais sobre o processo de desenvolvimento. Este grupo foi responsável por recomendar a criação da Comissão da ONU sobre Empresas Transnacionais (TNCs), estabelecida em 1974, com a missão de (i) aprofundar o conhecimento sobre os efeitos políticos, econômicos, sociais e jurídicos da atividade de corporações transnacionais; (ii) assegurar arranjos institucionais que promovam contribuições positivas das empresas para o desenvolvimento nacional; (iii) fortalecer a capacidade negociadora dos países anfitriões, principalmente aqueles em desenvolvimento¹⁷⁴. A partir desta iniciativa, em 1977-1984 a ONU buscou a formulação de um Código de Conduta sobre TNCs¹⁷⁵, sendo a primeira tentativa de estabelecer parâmetros sociais e ambientais em âmbito global para empresas deste porte. No

¹⁷¹ RUGGIE, John Gerard Ruggie. **Just Business. Multinational Corporations and Human Rights**. W. W. Norton & Company inc: New York, 2013. p. xxiii.

¹⁷² GLOBAL POLICY FORUM. Top. 200: **The Rise of Global Corporate Power**. By Sarah Anderson and John Cavanagh, 2000. Disponível em: <https://www.globalpolicy.org/component/content/article/221/47211.html> Acesso em 14 de abril de 2021.

¹⁷³ GLOBAL JUSTICE NOW. **Corporation vs governments revenues: 2015 data**. Disponível em: https://www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/corporations_vs_governments_final.pdf Acesso em 14 de abril de 2021.

¹⁷⁴ BENEDETTI, Juliana Cardoso. Empresas e Direitos Humanos nas Nações Unidas: Rumo a um Tratado? *In*: PIOVESAN, Flávia. **Empresa e direitos humanos**. Salvador: Editora Juspodvim, 2018. p. 20.

¹⁷⁵ ONU. **Resolução n. 1913**. de 5 de dezembro de 1974. Disponível em: https://digitallibrary.un.org/record/215243/files/E_RES_1913%28LVII%29-EN.pdf. Acesso em 14 de abril de 2021.

entanto, após intensa controvérsia sobre o projeto, em 1993, a minuta do código foi abandonada.¹⁷⁶

Em resposta aos apelos e questionamentos crescentes da sociedade civil, em 1976, a OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) criou diretrizes para empreendimentos multinacionais que operam em países membros da organização ou que tenham aderido às suas diretrizes, abordando alguns direitos trabalhistas, meio ambiente, saúde e questões tributárias sem, contudo, expressamente se referir aos direitos humanos¹⁷⁷. Este texto foi revisado em 2000, e passou a se recomendar como princípio geral que as empresas 'respeitassem os direitos humanos das pessoas afetadas por suas atividades em conformidade com as obrigações e compromissos do governo anfitrião", o que excluía os padrões internacionais que o país anfitrião não reconhecesse. Os *Guidelines* (diretrizes) também requerem que os Estados aderentes estabeleçam um escritório denominado Ponto de Contato Nacional (PCN), onde qualquer pessoa pode apresentar uma “*specific instante*” (i.e., reclamação) de não conformidade por uma empresa multinacional domiciliada ou operando em um país aderente, embora as conclusões negativas não tenham consequências oficiais automáticas. Registre-se que o Brasil aderiu às diretrizes da OCDE e mantém um PCN, que serve para promover o documento e contribuir para a resolução de conflitos relacionados às diretrizes.¹⁷⁸

Em 1977, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou a declaração Tripartite de Princípios Relativos a Empreendimentos Multinacionais e Política Social, estabelecendo que as empresas respeitassem a Declaração Universal de Direitos Humanos e outras convenções internacionais sobre direitos humanos. Esta declaração, com o enfoque na relação laboral, serviu de exemplo para diversas iniciativas de entes privados elaborarem códigos de conduta, bem como, foi o meio pelo qual a sociedade civil, em parceria com sindicatos, pôde apresentar, nas Cortes nacionais, denúncias de abusos cometidos por empresas. Em 1998, a OIT aprovou a

¹⁷⁶ REINISCH, August. The changing international legal framework for dealing with non-state actors. In: ALSTON, Philip (ed.) **Non-State Actors and Human Rights**. Oxford: Oxford Academy Press, 2005. p.43. Disponível em: https://www.univie.ac.at/intlaw/reinisch/non_state_actors_alston_ar.pdf. Acesso em 25, nov. 2020.

¹⁷⁷ FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy. **Sur, Rev. int. direitos human.**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 174-191, Dec. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 nov. 2020.p. 176-177.

¹⁷⁸ BRASIL, Portaria n. 92/2003 do Ministério da Fazenda.

Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, compilando quatro princípios básicos relativos aos direitos fundamentais dos trabalhadores, escolhidos dentre todas as Convenções no âmbito da OIT. São eles: (i) liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (ii) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; (iii) a abolição efetiva do trabalho infantil; e (iv) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.¹⁷⁹

Em 1999, foi lançado o Pacto Global da ONU, descrito como uma iniciativa de adesão voluntária, para aprendizado, que tem como objetivo promover a adoção, em práticas empresariais, contendo dez princípios sobre direitos humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção (incluso em 2004).¹⁸⁰ Esta iniciativa buscou estabelecer um ambiente global favorável à adoção dos seus princípios orientadores, baseado na lógica do comprometimento voluntário e da melhoria paulatina das práticas empresariais.¹⁸¹¹⁸²

A falta de efetividade do pacto se deu, em grande parte, por sua adesão ser voluntária, deixando a descoberto grande parte das empresas que não desejassem rever suas práticas. Além disto, por não existir órgãos responsáveis para fiscalizar o cumprimento dos compromissos, os princípios do pacto acabaram por se tornar meras aspirações ou ferramentas de marketing (*bluwashing*) para transmitir ideais positivos das empresas¹⁸³, vindo a ser considerado por representantes da sociedade civil como um instrumento incapaz, por si só, de pôr fim aos níveis

¹⁷⁹ OIT . **Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho**. Genebra, 1998. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao_oit_547.pdf. Acesso em: 05 nov. 2020.

¹⁸⁰ FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy. **Sur, Rev. int. direitos human.**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 174-191, Dec. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 nov. 2020. p. 178.

¹⁸¹ BARROS, Tomás Soares da Silva; ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Fundamento e alcance do princípio da jurisdição universal**. Dissertação em Ciências Jurídico-Políticas. 146 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Coimbra, Portugal, 2016. p. 91.

¹⁸² “A implementação do Pacto Global é coordenada por uma Junta (que estipula estratégias de ação), um Escritório (que executa as ações e oferece apoio administrativo) e uma rede de comitês locais (que dissemina o Pacto nos países); trienalmente, ademais, é realizada uma Cúpula de líderes empresariais. As atividades realizadas no âmbito do Pacto Global – que tem, hoje, cerca de 8 mil empresas participantes em 145 países – são financiadas por uma fundação constituída especialmente para essa finalidade, que recebe contribuições privadas. No Brasil, o Pacto tem quase 650 empresas signatárias e um Comitê Local, cuja formação foi impulsionada pelo Instituto Ethos, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).” BENEDETTI, Juliana Cardoso. **Empresas e Direitos Humanos nas Nações Unidas: Rumo a um Tratado?** In: PIOVESAN, Flávia. **Empresa e direitos humanos**. Salvador: Editora Juspodvim, 2018. p. 22-23.

¹⁸³ BENEDETTI, Juliana Cardoso. **Empresas e direitos humanos nas nações unidas: Rumo a um tratado**. In: PIOVESAN, Flávia. **Empresas e direitos humanos**. Coordenadores Flávia Piovesan, Inês Virginia P. Soares, Marcelo Torelly. Salvador: Editora Juspodvim, 2018. p. 36-37.

alarmantes de impunidade desfrutados pelas TNCs, levando-o a ser rejeitado.¹⁸⁴ A partir disto, se percebeu a necessidade de criar instrumentos mais efetivos para a proteção dos Direitos Humanos.

Em 2003, a Subcomissão da ONU sobre a Promoção e Proteção de Direitos Humanos (Conselho da ONU), visando consolidar a responsabilidade de empresas em direitos humanos, lançou as “Normas sobre Responsabilidades em Direitos Humanos das Empresas Transnacionais e Outros Empreendimentos Privados” (NORMAS). A Declaração Universal é dirigida a todos os órgãos da sociedade. As corporações multinacionais, estando entre esses órgãos, têm maior poder do que muitos Estados para afetar a realização dos direitos e "com o poder vem a responsabilidade". Portanto, essas empresas devem ser responsáveis pelos direitos humanos afetados pelas atividades empresariais. E como alguns estados não querem ou não podem fazer com que o façam de acordo com o direito interno, o direito internacional deve impor padrões uniformes não apenas aos estados, como no regime de direitos humanos existente, mas diretamente às corporações. Para determinar as violações, as Normas recomendavam que as empresas fossem monitoradas pela máquina de direitos humanos da ONU, mesmo antes da legalização, e, quando fossem constatados abusos, que fossem feitas reparações.¹⁸⁵

As NORMAS incorporavam e enunciavam quatro princípios gerais: (i) que embora os Estados sejam os principais sujeitos de deveres, agentes empresariais também possuem obrigações perante o direito internacional dos direitos humanos; (ii) estas obrigações se aplicam de maneira universal e dizem respeito a um leque amplo de direitos; (iii) governos precisam tomar medidas para proteger os indivíduos contra abusos perpetrados por empresas; e, por fim, (iv) o caráter transnacional deste problema exige que haja monitoramento de práticas empresariais e mecanismos de controle das normas internacionais além do âmbito nacional,

¹⁸⁴ TEITELBAUM, Alejandro. **United Nations and Transnational Corporations: a deadly association.** 4 Apr. 2007 Disponível em: http://thirdworldtraveler.com/United_Nations/UN_TNCs_DeadlyAssoc.html. Acesso em: 05 nov. 2018; No mesmo sentido, entre outros: ARAGÃO, Daniel Maurício Cavalcanti de; GÓMEZ, José María. **Responsabilidade como Legitimação: capital transnacional e governança global na Organização das Nações Unidas.** 2010. 191 p. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 40. BENEDETTI, Juliana Cardoso. **Empresas e Direitos Humanos nas Nações Unidas: Rumo a um Tratado?** In: PIOVESAN, Flávia. **Empresa e direitos humanos.** Salvador: Editora Juspodvim, 2018. p. 22-23.

¹⁸⁵ RUGGIE, John Gerard Ruggie. **Just Business. Multinational Corporations and Human Rights.** W. W. Norton & Company inc: New York, 2013.

para assegurar que as empresas respeitem as normas e outros instrumentos nacionais e internacionais pertinentes, quando realizarem atividades em outros países.

Todavia, em que pese o apoio da sociedade civil, os grupos empresariais entenderam que as NORMAS não teriam sido capazes de distinguir com clareza de quem seriam as responsabilidades primárias envolvendo os direitos humanos, se dos Estados ou das empresas¹⁸⁶; bem como alegaram que o direito internacional dos direitos humanos somente poderia ser aplicado diretamente aos Estados, o que, portanto, implicaria rejeitar a ideia de que as empresas possuam deveres decorrentes das normas de direitos humanos.¹⁸⁷

The Norms would have imposed on companies, within their “sphere of influence”, the same human rights duties that states have accepted for themselves under treaties they have ratified: ‘to promote, secure the fulfillment of, respect, ensure respect of and protect human rights’. The Norms triggered a deeply divisive debate between human rights advocacy organizations and the business community. Advocates were fervently in favor because the Norms proposed making these obligations binding on companies directly under international law. Business vehemently opposed what to companies obligations that they believed belonged to states. The proposal found no champions on the Commission, which declined to act on it.¹⁸⁸

Constatou-se que para os negócios e direitos humanos, as empresas resistem à regulamentações vinculativas e, este instrumento, foi visto como uma indevida transferência da responsabilidade de proteção dos direitos humanos dos Estados para elas.¹⁸⁹ Além disto, passou de um consenso sobre uma responsabilidade mínima a uma potencial maximização de responsabilidades, o que conduzia para um risco implícito de rejeição face à realidade de desenvolvimento do direito internacional, marcada pela sua lenta construção e consolidação de normas.¹⁹⁰ Assim, a Comissão de Direitos Humanos esclareceu que as NORMAS traziam ideias

¹⁸⁶ “A minuta das Normas representava, assim, uma radical mudança de paradigma no direito internacional dos direitos humanos, por determina, de forma inequívoca e em linguagem convencional (“treaty-like language”) que, a despeito da responsabilidade primária dos Estados, as empresas também possuíam, internacionalmente, a “obrigação” de respeitar direitos humanos. BENEDETTI, Juliana Cardoso. *Empresas e Direitos Humanos nas Nações Unidas: Rumo a um Tratado?* In: PIOVESAN, Flávia. **Empresa e direitos humanos**. Salvador: Editora Juspodvim, 2018. p. 25.

¹⁸⁷ FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy. **Sur, Rev. int. direitos human.**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 174-191, Dec. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 nov. 2020. p. 179-180.

¹⁸⁸ RUGGIE, John Gerard Ruggie. **Just Business. Multinational Corporations and Human Rights**. W. W. Norton & Company inc: New York, 2013. p. xvii.

¹⁸⁹ RUGGIE, John Gerard Ruggie. **Just Business. Multinational Corporations and Human Rights**. W. W. Norton & Company inc: New York, 2013. p. 37-38.

¹⁹⁰ CANTÚ RIVERA, Humberto. Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. In: CANTÚ RIVERA, Humberto. **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017. p. 41.

úteis e um projeto para normas futuras, porém, não seriam vinculantes, razão pela qual, a minuta acabou sendo rejeitada.¹⁹¹ Em que pese o abandono, as NORMAS serviram para aumentar o reconhecimento geral de que: empresas possuem responsabilidades universais e direitos humanos; que os governos nacionais devem tomar medidas para proteger indivíduos de abusos cometidos por empresas; e, por fim, o reconhecimento de que mecanismos extraterritoriais de controle são necessários.¹⁹²

Ato sequente, o Alto Comissário das Nações Unidas para Direitos Humanos, pela Resolução 2005/69, solicitou que o Secretário-Geral das Nações Unidas designasse um “Representante Especial sobre questões dos Direitos Humanos e Corporações Transnacionais e outras Empresas” (RESG), tendo o professor John Gerard Ruggie sido nomeado. Após consultas regionais aos diferentes setores da economia, com a participação do setor público, privado e representantes da sociedade civil, em 2006 foi apresentado relatório destacando os problemas inerentes à globalização, bem como a necessidade de se prover mecanismos para reduzir a possibilidade de práticas corporativas nocivas. Ainda, destacou ser necessário estabelecer um conjunto de parâmetros internacionais gerais exequíveis, capazes de definir as responsabilidades em direitos humanos das empresas.¹⁹³

No relatório de 2007, houve reconhecimento de que a expansão dos mercados e o alcance transnacional da atividade empresarial não coincidiu com uma expansão de igual magnitude da proteção de indivíduos e comunidades contra violações de direitos humanos. Bem como, destacou a incapacidade ou falta de vontade de muitos Estados em fornecer proteção contra violações envolvendo empresas.¹⁹⁴

¹⁹¹ ONU. 2005a. **Comission on Human Rights. Human rights and transnational corporations and other business enterprises.** U.N. Doc. E/CN.4/RES/2005/69. 20 Apr. Disponível em http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005-69.doc. Acesso em: 05 nov. 2020.

¹⁹² FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy. **Sur, Rev. int. direitos human.**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 174-191, Dec. 2009. p. 181. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 nov. 2020,

¹⁹³ FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy. **Sur, Rev. int. direitos human.**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 174-191, Dec. 2009. p. 181-182. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em 05 nov. 2020.

¹⁹⁴ ONU. **Human Rights Council. Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts.** U.N. Doc. A/HRC/4/035, 2007a, §3. Disponível em: <http://www.business-humanrights.org/Documents/RESG-report-Human-Rights-Council-19-Feb-2007.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2020.

Por fim, em seu relatório de 2008, intitulado “Proteger, Respeitar e Remediar: Um Marco sobre Empresas e Direitos Humanos”, o RESG formulou um marco conceitual, dividido em três partes: (i) os Estados possuem o dever de proteger contra violações à direitos humanos cometidas por terceiros, incluindo empresas, por meio de políticas públicas, normas, bem como processos judiciais adequados; (ii) empresas possuem a responsabilidade de respeitar normas de direitos humanos, o que, segundo o RESG, implica, essencialmente, controlar os riscos de causar danos aos direitos humanos, buscando em última instância, evitar tais danos; e (iii) vítimas de direitos humanos devem ter maior acesso a remédios efetivos, incluindo mecanismos não judiciais de demandas.¹⁹⁵

Em 2011, a ONU, por meio do Conselho de Direitos Humanos, aprovou e adotou os princípios norteadores pra empresas e direitos humanos, elaborados pelo RESG (Resolução 17/4 do Conselho de Direitos Humanos).¹⁹⁶ O documento implementa o programa “proteger, respeitar e reparar”, com três pilares fundamentais, que servem como guia para os Estados e as empresas no que sobre o *modus* de promoção, proteção e reparação dos direitos humanos nas atividades corporativas.

1. o dever do Estado de evitar abusos aos direitos humanos por parte de terceiros, incluindo as empresas, por meio de políticas, regulamentos e julgamentos apropriados;
2. a responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos, realizando auditorias para o fim de evitar violações a direitos de outrem e abordar os impactos negativos com os quais as empresas se envolvem;
3. a necessidade de maior acesso das vítimas à reparação efetiva por meio de ações judiciais e não judiciais.¹⁹⁷

Também dispõe de 31 princípios, que tem o intuito de demonstrar como os Estados e as corporações devem cumprir o programa da ONU. Em sua divisão, são inicialmente delimitados os princípios gerais que devem ser reconhecidos por todos os sujeitos e atores neles

¹⁹⁵ ONU. **Human Rights, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie.** U.N. Doc. A/HRC/8/5. 7 Apr, 2008b. Disponível em: <http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2020.

¹⁹⁶ ONU. Conselho de Direitos Humanos. **Os direitos humanos e as empresas transnacionais e outras empresas.** A/HRC/ RES/17/4 (16 de junho de 2011).

¹⁹⁷ “1. The state duty to protect against human rights abuses by third parties, including business enterprises, through appropriate policies, regulation, and adjudication; 2. an independent corporate responsibility to respect human rights, which means that business enterprises should act with due diligence to avoid infringing on the rights of others and address adverse impacts with which they are involved; 3. The need for greater access by victims to effective remedy, both judicial and nonjudicial.” RUGGIE, John Gerard Ruggie. **Just Business. Multinational Corporations and Human Rights.** W. W. Norton & Company inc: New York, 2013. p. xx-xxi..

contemplados; em seguida, os princípios 1 a 10 estabelecem os deveres dos Estados em relação à proteção dos direitos humanos; os princípios 11 a 24 definem a responsabilidade das empresas em respeitar os mesmos direitos; e os princípios 25 a 31 tratam do acesso a mecanismos de reparação em caso de violações de direitos humanos cometidas por empresas nos estados onde estão estabelecidas.¹⁹⁸

Dos princípios Ruggie desprende-se um posicionamento liberal na medida em que servem como instrumento norteador de conteúdo abrangente e não vinculante aos Estados e às empresas¹⁹⁹, mantendo sob a reserva do Estado o papel precípua de fixar parâmetros mínimos para a atuação corporativa e de fomentar a criação de uma cultura de respeito aos direitos humanos, preservando, no mais, a liberdade empresarial. No entanto, em que pese se observe uma fragilidade dos mecanismos baseados na adesão voluntária e no automonitoramento, os anseios de um instrumento vinculante com a supervisão internacional foram deixados de lado.²⁰⁰

O foco estava na construção de um consenso aceitável que não repelisse o compromisso das empresas com a pauta estabelecida, assim, os *guiding principles* mantêm a lógica do tripé já delineado: o dever do Estado de proteger os direitos humanos e de impedir violações, cumprindo a atuação com deveres de conduta negativos e positivos. Apenas em segundo plano, está a responsabilidade das empresas em respeitar os direitos humanos e evitar violações, na medida em que o RESG compreende que as obrigações das empresas não emanam diretamente das leis e acordos internacionais sobre direitos humanos, mas das expectativas sociais sobre as empresas.²⁰¹

Segundo o guia interpretativo Ruggie, de acordo com o Princípio Orientador n. 13, a violação de direitos humanos por empresas pode ocorrer de três formas: (1) a corporação pode

¹⁹⁸ CARDIA, Ana Cláudia Ruy. Derechos humanos y empresas en Brasil: ¿Avance por medio de la tragedia? In: RIVERA, Humberto Cantú (org.). **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. Instituto Interamericano de derechos humanos. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017. p. 219.

¹⁹⁹ “Nothing in these Guiding Principles should be read as creating new international law obligations, or as limiting any legal obligations a State may have undertaken or be subject to under international law with regard to human rights”. ONU. **Guiding Principles on Business and Human Rights. Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework**. New York and Geneva, 2011. p. 01. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf Acesso em: 14 de abril de 2021.

²⁰⁰ BENEDETTI, Juliana Cardoso. Empresas e Direitos Humanos nas Nações Unidas: Rumo a um Tratado? In: PIOVESAN, Flávia. **Empresa e direitos humanos**. Salvador: Editora Juspodvim, 2018. p. 29-30.

²⁰¹ RIVERA, Humberto Cantú. From general ‘responsibility’ to context-specific ‘duty’: the role of the state in ensuring corporate compliance with international human rights law. **Revista Mineira de Direito Internacional e Negócios Internacionais**, v. 1, n. 1, p. 190-207, jul./dez. 2014. p. 190-207.

causar o impacto, através de suas atividades; (2) pode contribuir para o impacto, através de suas atividades – seja diretamente ou por meio de outra entidade; e (3) pode simplesmente encontrar-se envolvida no impacto causado por entidade com a qual tenha relações de negócio e com ela se ligue por suas operações, produtos e serviços. Causando ou contribuindo para a violação, a empresa terá dever de cessar a ação danosa e remediá-la. No entanto, com mero envolvimento, a empresa não poderá ser responsabilizada solidariamente, tendo apenas obrigação de utilizar sua influência para encorajar a entidade causadora para que cesse ou diminua o dano.²⁰²

¿Qué hacer ante los límites de la insistencia en la responsabilidad del Estado? En cuanto a los estándares voluntarios puede decirse que si bien pueden tener un impacto positivo en la cultura empresarial, algo crucial para incrementar la efectividad del respeto de los derechos humanos por las empresas, carecen de efectos jurídicos directos y, en consecuencia, su ignorancia no genera ningún costo jurídico para las empresas (aunque su transgresión puede generar costos de reputación o reacciones, como boicots).²⁰³

Pelo que foi exposto, verifica-se que não existem obrigações imperativas: há meramente o dever de respeitar os direitos humanos; não se tratando de uma medida afirmativa de promoção (uma atuação positiva), pelo contrário, restou estabelecido apenas o imperativo de não violação e reparação, em outras palavras, o foco permanece sendo abster-se de causar danos²⁰⁴, devendo a empresa adotar certas medidas como a criação de códigos internos de conduta, instituição de procedimentos para *due dilligence* e procedimentos de reparação, nos termos do princípio orientador n. 15.

Em que pese em circunstâncias específicas esses instrumentos possam ter caráter juridicamente vinculativo e passar a ser objeto de avaliação judicial, esta não é a regra. Assim, uma vez que os princípios Ruggie, última tentativa onusiana de vincular empresas e direitos humanos, rechaçam uma vinculação (*hard law*) entre Estados e Empresas²⁰⁵, bem como,

²⁰² PAIVA, Annuska Macedo Santos de França. Empresas e direitos humanos: entre o lucro e a ética. **Revista de Direito, Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais**. Curitiba, v.2, n. 2, Jul./Dez. 2016. p. 179.

²⁰³ SANTARELLI, Nicolás Carrillo. La promoción y el desarrollo de la protección de los derechos humanos frente a abusos empresariales em el sistema interamericano. In: RIVERA, Humberto Cantú (org.). **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. Instituto Interamericano de derechos humanos. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017. p. 95.

²⁰⁴ PAIVA, Annuska Macedo Santos de França. **Empresas e direitos humanos: entre o lucro e a ética**. Revista de Direito, Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais. Curitiba, v.2, n. 2, Jul./Dez. 2016. p. 177.

²⁰⁵ PAMPLONA, Danielle Anne; ERNESTO, Moisés Xavier de Jesus. As violações de direitos humanos pela indústria extrativista. **Revista de Direito Sem Fronteiras**. Foz do Iguaçu, Edição Especial., v. 1, n. 3, p. 47-60, 2017 p. 54.

inexistem mecanismos capazes de exigir o cumprimento de regras internacionais, denota-se um impacto reduzido sobre o comportamento destes atores públicos e privados, pois a penalidade máxima seria sujeitá-los ao julgamento da opinião pública.²⁰⁶ Também neste sentido, compreende a Corte IDH e, portanto, o SIDH que a responsabilidade de proteção e preservação dos direitos humanos na ordem jurídica interna compete ao Estado, pois é quem detém a competência jurisdicional legal para dirimir a violação de direitos humanos e, acima de tudo, por sua capacidade real de cobrir todos os problemas que surgem no nível doméstico.²⁰⁷

Verifica-se efetivo processo de institucionalização da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos fundamentais e o seu vínculo com a atuação empresarial, no entanto, não é de hoje que “os problemas não se encontram no plano de sua expressão formal [...]. As dificuldades localizam-se precisamente no plano de sua realização concreta e no plano de sua exigibilidade”²⁰⁸, sobretudo na ordem jurídica interna que, até o presente momento, se mostra incapaz ou desinteressada em efetivamente promover meios de efetiva reparação dos danos decorrentes de violações de direitos humanos às vítimas, refletindo em violação da ordem econômica por meio vantagem concorrencial à empresa infratora em detrimento da sociedade, o que fere “a dimensão objetiva da dignidade da pessoa humana [que] implica deveres de proteção estatais, contra o próprio Estado e contra ações de atores privados”.²⁰⁹

2.4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A PERSPECTIVA DA CORTE IDH

Ao se apreciar a aplicabilidade das normas constitucionais e convencionais dispostas aos particulares, deve-se considerar mais concretamente aquelas situações em que um comportamento individual, livremente desenvolvido no âmbito do exercício normal da autonomia privada previamente delimitado pela lei, repercute em dano, ou na ameaça de lesão, à liberdade, autonomia ou ao bem-estar do mesmo ou de outros particulares. Uma vez que a

²⁰⁶ FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy. **Sur, Rev. int. direitos human.**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 174-191, Dec. 2009. p. 181-182. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 nov. 2020. p. 185.

²⁰⁷ CORTE IDH. **Caso Tibi vs. Equador**. Publicado em 07 set. 2004. § 8-9.

²⁰⁸ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 66.

²⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 266.

especial valia destes bens (autonomia, liberdade ou bem-estar) se encontra constituída sob a particularidade de terem sido objeto de proteção de direitos constitucionais fundamentais, se coloca a questão do dano que emerge ser configurado como problema de direitos fundamentais com base na Constituição, sendo este o problema jurídico referente à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.²¹⁰

A grande problemática que se apresenta reside na normatividade da Constituição, da sua efetividade, particularmente ao problema da garantia de aplicabilidade dos direitos fundamentais como ponto nuclear da garantia da dignidade da pessoa humana, da sua autonomia e da sua liberdade, nas condições da sociedade de massa e do Estado de Direito social e democrático. Sendo certo que essa normatividade se procurava impor, em primeira linha, ao poder público estatal, sendo igualmente necessária a irradiação dos valores constitucionais a toda a vida social, incluindo as relações entre particulares e, conseqüentemente, outros ramos do direito, especialmente o direito civil. Neste sentido, quando se coloca a presença irradiante dos valores constitucionais aos direitos privados, a dúvida que se apresenta se encontra na superação dos preceitos da autonomia privada e respectiva permeabilidade aos valores constitucionais. A resposta para a superação da tensão entre a autonomia privada e impregnação de direitos fundamentais nas relações privadas se deu por meio das teses alemãs da eficácia mediata e imediata.²¹¹

A responsabilização dos particulares por violações de direitos humanos se inicia com a teoria que considera o Estado o garantidor dos direitos humanos e o único responsável quando tais violações forem cometidas por particulares. Nesta teoria, os Estados são os principais atores do sistema internacional e os únicos titulares de obrigações derivadas do DIDH. Esta perspectiva é precedida pela ideia de que o direito internacional é território exclusivo dos Estados e a extensão das obrigações legais a atores não estatais, lhes outorga uma legitimidade que afeta e/ou mina a autoridade do Estado e, portanto, dilui suas responsabilidades que tocam às suas obrigações em matéria de direitos humanos.²¹²

²¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do déficit**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 19.

²¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do déficit**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 33-35.

²¹² CLAPHAM, Andrew. **Human Rights obligations of Non – State Actors**. 1. ed., New York: Oxford University Press, 2006. p. 25.

Se enfatiza a responsabilidade do Estado, bem como estabelece que, nos casos em que os particulares pratiquem atos que ameacem ou afetem os direitos humanos, estes casos serão tratados à luz das obrigações que os Estados possuem de assegurar o respeito destes.²¹³ Assim, seu ponto de partida se encontra no dever de garantia que se está atribuído ao Estado a partir dos tratados de direitos humanos, na forma exposta.²¹⁴

Este desenvolvimento teórico se dá a partir da teoria alemã *Drittwirkung*. Nesta teoria, o problema se encontra em saber se as normas constitucionais que consagram direitos e liberdades são aplicáveis nas relações jurídicas privadas de um modo tal que atuem sobre posições jurídicas da mesma natureza; e se a resposta for afirmativa, em que medida e em que extensão. Sobre o assunto, encontram-se, ao menos, duas teorias tradicionais acerca da eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares, de eficácia imediata e eficácia mediata ou indireta.

A eficácia imediata²¹⁵ dos direitos fundamentais consiste em aceitar que os direitos fundamentais possuem uma natureza tal qual direitos públicos subjetivos, agregando-se aos princípios a função de proposições ordenadoras do ordenamento jurídico em seu conjunto, supondo um efeito diretamente normativo como direito constitucional objetivo, que derroga, modifica completa ou cria disposições jurídico privadas.

Segundo Hans Carl Nipperdey, a teoria estabelece que as disposições de direitos fundamentais têm um caráter duplo, de direito público subjetivo e princípios objetivos que informam a totalidade do ordenamento jurídico, incluindo as relações privadas, sem que afetem a esfera da liberdade dos indivíduos, apenas ao ponto em que seja necessário para proteger o interesse geral. Assim, os direitos fundamentais irradiam no tráfego jurídico privado e como sistema objetivo de valores, devendo reger todos os âmbitos do direito, tornando-se

²¹³ CLAPHAM, Andrew. **Human Rights obligations of Non – State Actors**. 1. ed., New York: Oxford University Press, 2006. p. 25.

²¹⁴ “Não admira, pois, que num domínio tão delicado, não haja na Constituição alemã qualquer referência à vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais. Segundo a Grundgesetz, os direitos fundamentais vinculam as entidades públicas; já a preocupação com a irradiação dos valores constitucionais, com a efectividade dos direitos fundamentais, seria assegurada por outras vias, seria, sobretudo, posteriormente assegurada na ordem jurídica alemã da intervenção do Tribunal Constitucional.” NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do défice**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 36-37.

²¹⁵ “[...] para a tese da aplicação imediata, independentemente daquelas pré-confirmação legislativa ou da possibilidade de concretização de conceitos e institutos civilistas, os direitos fundamentais e as normas constitucionais que os garantiam era susceptíveis de invocação e aplicação directas, sem intermediários, nas relações jurídicas entre particulares”. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do défice**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 35.

contraditório que esta influência dependa do *jus cogens* e cláusulas gerais do Código Civil. O efeito de irradiação supõe reconhecer o efeito normativo direto dos direitos fundamentais sobre o direito privado, sem que seja necessário qualquer filtro.

O autor estabelece uma série de pressupostos nos quais os direitos fundamentais se aplicam nas relações privadas. São duas situações, (i) nos casos em que os direitos fundamentais apenas se vinculam ao Estado e (ii) aquelas nos quais se inferem preceitos vinculantes para os particulares. No segundo caso, deve-se apreciar a finalidade protetora e a ordem que contém a norma em questão, sobretudo quando se está diante relação entre particulares e os poderes sociais. Nesta circunstância, radica-se o ponto de partida da doutrina sobre o efeito absoluto dos direitos fundamentais.

Na mesma linha de pensamento, quando se trata de poderes sociais, os direitos fundamentais também se aplicam às relações jurídicas entre privados quando uma das partes detenha poder econômico ou de outra natureza em relação à outra. O mesmo não ocorre em uma relação na qual os particulares se encontrem em igual situação jurídica, porque, em princípio, ali se suprime a finalidade protetora dos direitos fundamentais e passa a operar a autonomia privada e a liberdade contratual, que, em todo caso, se sujeita à ordem constitucional.

Visto os principais postulados sobre a teoria *drittwirkung* imediata, cumpre avançar sobre a teoria da eficácia mediata ou indireta²¹⁶, cujo principal expoente é Günter Dürig²¹⁷, que apresenta uma construção intermediária àqueles que negam a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e àqueles que sustentam a incidência direta destes direitos na esfera privada. O autor estabelece como ponto de partida o princípio da dignidade humana sobre o qual considera que este não se limita a estabelecer uma obrigação negativa a cargo do Estado, mas sim estabelecer um dever de proteção aos direitos fundamentais, de tal sorte que o Estado está obrigado a configurar sua ordem jurídica universal (inclusive aos particulares), de uma maneira tal que as forças extra-estatais lhe impeçam de violar a dignidade humana.

²¹⁶ “No essencial, e segundo a tese da eficácia mediata ou indirecta, os direitos fundamentais só deveriam irromper nas relações entre particulares através dos institutos típicos de direito privado e das soluções actualistas resultantes da prévia actuação mediadora, concretizadora e conformadora do legislador ordinário. Por sua vez, a influência dos novos princípios constitucionais far-se-ia sentir através da interpretação da legislação em conformidade ao novo quadro constitucional e, na sua falta, através do recurso, por parte do juiz, às cláusulas gerais e aos conceitos indeterminados desenvolvidos pelo próprio Direito Civil, mas que também agora deveriam ser materialmente interpretados e preenchidos à luz dos direitos fundamentais”. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do défice**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 35.

²¹⁷ Denominada “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”.

A consequência se encontra na necessidade de estabelecer a maneira como será tido em conta o ordenamento constitucional em relação à ordem privada. O autor considera que a intensidade dos direitos fundamentais é diferente quando se é aplicada contra o Estado do que em relação aos particulares, pois neste último caso, existe a limitação da autonomia privada, frente a qual o meio idôneo para a realização dos direitos fundamentais no tráfego jurídico privado é a incorporação do seu conteúdo aos conceitos e cláusulas tradicionais do direito privado, capazes de serem colmatadas valorativamente. Assim, a aplicação dos direitos fundamentais ocorre de maneira indireta, por meio de cláusulas gerais jusprivatistas e com prévia atuação dos poderes públicos, por meio de um órgão estatal, ao cumprir o mandamento constitucional de configurar a situação jurídica dos particulares de acordo com os direitos fundamentais:

Há sempre a necessidade de que um órgão estatal – este sim, destinatário direto das normas que reconhecem os direitos – atue como mediador da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado. Para essa vertente, limitar a atuação das pessoas privadas pelos mesmos preceitos que balizam a atividade estatal importaria em transformar os direitos em deveres, subvertendo seu significado.

Nessa ordem de ideias, a eficácia das normas de direito fundamental nas relações entre particulares ocorre sempre de forma indireta ou imediata, no momento em que o legislador intervém, concretizando a norma constitucional, ou quando o juiz interpreta o direito privado à luz de valores projetados pelos direitos fundamentais, o que pode, em certos casos, justificar decisões contra o texto da lei.²¹⁸

Sobre esta teoria, Perez Luño adverte que a eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros ou eficácia horizontal “*se basa em la necesidad de mantener la plena vigencia de los valores incorporados em los derechos fundamentales en todas las esferas del ordenamento jurídico*”,²¹⁹ partindo de dois argumentos básicos, o primeiro de tipo teórico e relacionado com a segurança jurídica, considerando que não admitir a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada “*supondría reconocer una doble ética em el seno de la sociedad: la una aplicable a las relaciones entre el Estado y los particulares, la outra aplicable a las relaciones de los ciudadanos entre sí, que serían divergentes em su própria esencia y em los valores que consagra*”,²²⁰ e o segundo argumento, está relacionado com a realidade própria do poder

²¹⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 467.

²¹⁹ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid/España: Editorial Tecnos, 2017. p. 313.

²²⁰ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid/España: Editorial Tecnos, 2017. p. 314.

público, no sentido de que a este “*le há surgido la competencia de poderes económico sociais fáticos, em ocasiões mais implacáveis que o próprio Estado na violação de direitos fundamentais*”.²²¹

Portanto, o autor conclui que os direitos fundamentais não limitam o seu âmbito de aplicação às relações entre o Estado e os particulares, mas podem dar origem a disposições legais aplicáveis nas relações entre particulares, quando é necessário estabelecer um equilíbrio entre situações marcadamente desiguais.²²²

Isso posto, pode-se observar que a teoria *Drittwirkung der Grundrechte*, em ambas as versões, mediata ou imediata, afirmam a necessária eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, diferenciando-se apenas pelo caminho jurídico por meio da qual se farão eficazes.

Este aspecto cobra relevância nos direitos humanos em dois âmbitos estritamente relacionados: no primeiro, de ordem interna dos Estados, na medida em que a eficácia dos direitos humanos poderia ser mediata ou imediata, de mesmo modo que se argumenta para os direitos fundamentais, com uma variação, e é isto que pode estar dentro ou fora do ordenamento jurídico do Estado; o segundo de ordem internacional, na existência de um sistema de proteção internacional dos direitos humanos, como é o SIDH, para torná-los efetivos nessa área, só pode recorrer a uma fórmula em que o Estado seja sempre seu primeiro garantidor.

Estas premissas permitem considerar alguns aspectos em que a jurisprudência da Corte IDH estabeleceu que a responsabilidade por violações de direitos humanos tenha tido sua origem a partir da atuação dos particulares, estabelecendo que a regra geral é que o Estado é o responsável pela atuação dos poderes públicos e daqueles que assim atuam, existindo certos pressupostos para responsabilizar o Estado por violações cometidas por particulares.

[...] existe uma obrigação de respeito dos direitos humanos entre particulares. Isto é, de obrigação positiva de assegurar a efetividade dos direitos humanos protegidos, que existem sobre o Estado, derivando-se efeitos em relação à terceiros (*erga omnes*). Dita obrigação tem sido desenvolvida pela doutrina jurídica e, particularmente, pela teoria *Drittwirkung*, segundo a qual os direitos fundamentais devem ser respeitados tanto por poderes públicos como pelos particulares em relação com outros particulares. [...]. É, pois, claro que, em princípio, é impossível imputar ao Estado toda violação aos direitos reconhecidos pela Convenção cumprida por um ato de poder público ou de pessoas que atuam prevalecidas dos poderes que ostentam por sua característica oficial. Não obstante, não se esgotam ali as situações nas quais um Estado está

²²¹ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid/España: Editorial Tecnos, 2017. p. 314.

²²² LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid/España: Editorial Tecnos, 2017. p. 94.

obrigado a prevenir, investigar e sancionar as violações aos direitos humanos, nem os pressupostos em que sua responsabilidade pode ver-se comprometida por efeito de uma lesão a estes direitos. Em efeito, um direito ilícito violatório dos direitos humanos que inicialmente não resulte imputável a um Estado, por exemplo, por ser obra de um particular ou por não haver-se identificado ao autor da transgressão, pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado, não por esse direito em si mesmo, se não por falta da devida diligência para prevenir a violação ou para trata-la nos termos requeridos pela Convenção.²²³²²⁴

A obrigação de respeitar exige uma ação ou uma omissão para o cumprimento da norma estabelecida, devendo o Estado utilizar toda a sua estrutura para impedir que se violem direitos das pessoas que se encontrem sob sua jurisdição contra qualquer pessoa pública ou privada, removendo todos os obstáculos que podem existir para que as pessoas desfrutem dos direitos reconhecidos pela Convenção.²²⁵

De outro vértice, a Corte IDH alinha-se no entendimento de que a responsabilização do Estado não acontecerá em qualquer situação. Com efeito, as obrigações convencionais de garantia a cargo do Estado não implicam uma responsabilidade ilimitada dos Estados frente a qualquer ato ou direito de particulares, pois seus deveres de adotar medidas de prevenção e proteção dos particulares em suas relações entre si se encontram condicionadas ao conhecimento de uma situação de risco real e imediata para um indivíduo ou grupo de indivíduos determinado e as possibilidades razoáveis de prevenir ou evitar este risco. Isto quer dizer, ainda que exista um ato de omissão de um particular que tenha como consequência

²²³ CORTE IDH. **Opinião Consultiva. 18/-03**. Publicado em 17 set. 2003. § 140-141.

²²⁴ No mesmo sentido: “Los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona. Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en el caso en que el Estado inclumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Corte IDH. Caso del Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Publicado em 15 set. 2005, § 111. E, también: “la Corte ha reconocido que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía. En efecto, el carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de éstos frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”. CORTE IDH. **Caso Valle Jaramillo vs. Colombia**. Publicado em 27 nov. 2008, § 78.

²²⁵ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MOLLER, Carlos María Pelayo. La Obligación de Respetar y Garantizar Los Derechos Humanos a La Luz de La Jurisprudencia de La Corte Interamericana. **Estudios Constitucionales**, v. 10, n. 2, 141–92, 2012. p. 145.

jurídica a violação de determinados direitos humanos de outro partícula, este ato não é automaticamente atribuível ao Estado, pois deve atentar-se as circunstâncias particulares do caso e a concretização destas obrigações de garantia.²²⁶

Ou seja, não obstante o caráter *erga omnes* das obrigações de garantia, isto não implica uma responsabilidade ilimitada do Estado; esta responsabilidade está condicionada a uma situação de risco real e imediato para um indivíduo ou grupo de indivíduos e a existência de possibilidades razoáveis para prevenir o risco.²²⁷ É a falta de devida diligência estatal e não a violação em si que produz a responsabilidade estatal internacional.

Portanto, do exposto, deve-se compreender ao menos três pressupostos estabelecidos pela Corte IDH a respeito da responsabilização do Estado em relação às violações de direitos humanos por particulares: obrigações *erga omnes*, devida diligência e posição de garante, todas as quais servem para determinar a responsabilidade do Estado por violações de direitos humanos cometidas por particulares. Neste sentido, foi a primeira sentença da Corte IDH envolvendo direitos humanos e empresas, no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*:

É imputável ao Estado qualquer violação dos direitos reconhecidos pela Convenção cumprida por um ato do poder público ou de pessoas que agem com pré-validade dos poderes que detêm em razão de seu caráter oficial. No entanto, não se esgotam as situações em que um Estado é obrigado a prevenir, investigar e punir as violações de direitos humanos, nem os casos em que sua responsabilidade possa ser comprometida em decorrência de uma lesão a esses direitos. Na verdade, um ato ilícito que viola direitos humanos que inicialmente não é diretamente atribuível a um Estado, por exemplo, porque é obra de um indivíduo ou porque o autor da transgressão não foi identificado, pode levar à responsabilidade internacional do Estado, não por esse fato em si, mas por falta da devida diligência para prevenir a violação ou tratá-la nos termos exigidos pela Convenção.²²⁸

Nada obstante, deve-se reconhecer que diferentes fatores, tanto legais quanto não-legais, podem dificultar os objetivos da proteção estatal ou tornar insuficiente o esquema baseado nos deveres de proteção estatal. Em relação aos fatores legais, os deveres de proteção do Estado contra abusos não estatais, como os abusos de empresas, são deveres de meio, como já decidido

²²⁶ CORTE IDH. **Caso González e outras vs. México**. Publicado em 16 nov. 2009, § 280.

²²⁷ CORTE IDH. **Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colômbia**. Mérito. Sentença de 31 de janeiro de 2006.

²²⁸ CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Serie C No. 4, parag. 172.

pela Corte IDH e a Corte EDH.²²⁹ Consequentemente, o fato de uma empresa violar os direitos humanos não gera automaticamente responsabilidade do Estado; e sem ato ilícito imputável ao Estado, ele próprio terá o poder, mas não o dever de reparar, além do dever de fazer com que a entidade responsável a conserte, conforme confirmado pelos instrumentos internacionais e pelas normas de responsabilidade internacional.²³⁰

Assim, apesar de relativamente delimitada as hipóteses de responsabilização do Estado, alguns autores compreendem que deve ocorrer uma evolução para além do dever do Estado de monitorar o cumprimento dos direitos humanos, de forma que a responsabilidade recairia diretamente às empresas. Essa seria uma consequência da expansão do *jus cogens* e da eficácia horizontal dos direitos humanos, de forma que o direito internacional se afastaria da centralidade do Estado como sujeito.²³¹ Deste modo, haveria a necessidade de se compreender que o Estado não é mais o principal sujeito violador dos direitos humanos, pelo menos não diretamente, pois as maiores violadoras de direitos humanos são as empresas, sobretudo as multinacionais, seja pela frequência com que as violações ocorrem ou pela magnitude das violações de direito humanos relacionadas à atividade empresarial.

2.5 A CORTE IDH EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS

O SIDH e seus principais órgãos, a Comissão e a Corte IDH, têm atuado de forma progressiva com a sua jurisprudência, contribuindo ao desenvolvimento do DIDH, abordando abusos e problemas sistemáticos na sua jurisdição e indicando como os Estados devem

²²⁹ CORTE IDH. **Caso González e outros (“Campo de Algodão”) vs. México**. Objeção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009. Serie C No.205, § 258; Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Caso Mastromatteo vs. Itália**. 24 de outubro de 2002, § 67-68; Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Povos Indígenas, Comunidades afrodescendentes e recursos naturais: proteção dos direitos humanos no contexto das atividades de extração, exploração e desenvolvimento, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 47/15** (31 de dezembro de 2015), § 48; CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Serie C No. 4, § 177; CORTE IDH. **Caso Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia**. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Serie C No. 140, parag. 122-124.

²³⁰ Assembleia Geral, Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para Vítimas de Crime e Abuso de Poder, A/RES/40/34 (29 de novembro de 1985), § 8, 12; Assembleia Geral, Princípios Básicos e Diretrizes sobre o Direito das Vítimas de Violações Graves dos Padrões Internacionais de Direitos Humanos e Violações Graves do Direito Internacional Humanitário para Entregar Recursos e Obter Reparação, A/RES/60/147 (16 de dezembro de 2005), Princípio 15.

²³¹ FACHIN, Melina Girardi et. al. Ponto cego do direito internacional dos direitos humanos: uma superação do paradigma estatocêntrico e a responsabilidade internacional de empresas violadoras de direitos humanos. *In: Homa Publica: Revista Internacional De Derechos Humanos y Empresas*, Juiz de Fora v. 1, n. 1, 2016. p. 15.

proceder. Com o desenvolvimento da noção de controle de convencionalidade, a Corte tem buscado engajar os seus membros na promoção de sua percepção sobre o sistema, buscando uma economia dos recursos escassos, evitando a duplicidade de casos e a geração de dinâmicas multinível onde os distintos atores, internos ou internacionais, particulares ou estatais, sejam verdadeiros participantes do SIDH.²³²

Em sua prática, a Comissão Interamericana e a Corte IDH admitiram que têm limites de competência e jurisdição para decidir sobre conduta não estatal diretamente em processos contenciosos.²³³ No entanto, quando confrontados com abusos graves cometidos por outras entidades que não os Estados, ambos os órgãos adotaram três estratégias que, ao não afirmar que ditos atores não podem cometer abusos, resguardam sua legitimidade e evitam que incorram em contradições lógicas para: a) condenar a conduta não estatal em termos simbólicos e não jurisdicionais; b) alertar sobre a existência de responsabilidades não estatais em pronunciamentos não contenciosos, como em pareceres consultivos; ou c) esclarecer que os limites processuais de sua jurisdição não excluem a possível responsabilidade substantiva de atores não estatais.²³⁴

No âmbito da Corte IDH, se desenvolveu uma jurisprudência útil em torno das empresas e direitos humanos, sobretudo por reconhecer muitos casos de violações de direitos das pessoas foram cometidos por particulares ou *non-state actors* e, com isto, levaram à responsabilidade do Estado devido a redação do artigo 1.1 da CADH, que estabelece a obrigação dos Estados de respeitar os direitos e liberdades e garantir o pleno exercício a toda personalidade que esteja sob sua jurisdição, removendo todos os obstáculos para o exercício dos direitos reconhecidas na Convenção.²³⁵

²³² SANTARELLI, Nicolás Carrillo. La promoción y el desarrollo de la protección de los derechos humanos frente a abusos empresariales em el sistema interamericano. In: RIVERA, Humberto Cantú (org.). **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017. p. 89-90.

²³³ Corte IDH. **Caso Miguel Castro Vs. Peru**. Interpretación da Sentença de Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de agosto de 2008 Série C No. 181, § 40.

²³⁴ SANTARELLI, Nicolás Carrillo. La promoción y el desarrollo de la protección de los derechos humanos frente a abusos empresariales em el sistema interamericano. In: RIVERA, Humberto Cantú (org.). **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017. p. 100.

²³⁵ SANTANA, Anna Luisa Walter de; PAMPLONA, Danielle Anne. **Intermediarios de internet y derechos humanos: contribuciones del Sistema Interamericano en la construcción de estándares comunes para la promoción de la libertad de expresión en América Latina**. 2020. 263 f. Teses (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. p. 55

Em relação às empresas, os Estados podem ser responsabilizados por atos de empresas na Corte IDH em duas situações: (i) quando o Estado deixa de cumprir com a devida diligência e tolera que empresas privadas lesionem direitos humanos; (ii) quando estas empresas atuam com outorga/capacidade estatal e lesionam direitos humanos²³⁶, pois nos casos de privatização ou externalização das atividades do Estado, este tem o dever de estabelecer obrigações claras para seus prestadores de serviços, na regulação ou legislação pertinente aos contratos de prestação de serviços (contratações públicas, licitações, etc.).²³⁷

Assim, a partir da consolidação de um sistema multinível e do seu caráter harmonizador entre o direito interno e os parâmetros globais (no caso sob análise do SIDH), já admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro²³⁸, importante apresentar os principais julgados a respeito de empresas e direitos humanos na sua jurisdição com o intuito de se analisar a orientação da Corte IDH e, posteriormente, verificar se há efetiva adesão destes ditames pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Como já referenciado, a primeira sentença contenciosa julgada pela Corte IDH foi proferida no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sendo assinalado que a responsabilidade do Estado pode se dar por atos praticados por particulares quando o Estado falhar na devida diligência para prevenir a violação ou por deixar de tratá-la nos termos exigidos pela Convenção.

É imputável ao Estado qualquer violação dos direitos reconhecidos pela Convenção cumprida por um ato do poder público ou de pessoas que agem com pré-validade dos

²³⁶ Como exemplo, cita-se o Caso *Ximes Lopes vs. Brasil*, onde a empresa (centro médico), ainda que privado, possuía autorização do Estado para receber pacientes do sistema público de saúde, sendo equiparada ao próprio Estado devido a sua atuação em nome do Estado. “Os pressupostos da responsabilidade estatal pela violação dos direitos consagrados na Convenção, podem ser tanto ações ou omissões imputáveis a órgãos ou funcionários do Estado, como também omissão do Estado para impedir terceiros de violar os direitos legais que protegem os direitos humanos [...]. O fatal dever de regular e fiscalizar gera responsabilidade internacional porque os Estados são responsáveis tanto pelos atos das entidades públicas quanto pelas privadas prestadoras de assistência à saúde, já que na Convenção Americana os pressupostos da responsabilidade internacional incluem os atos das entidades privadas que atuam como capacidade Estado, bem como atos de terceiros, quando o Estado não tiver o dever de regulá-los e fiscalizá-los [...]”. CORTE IDH, **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Mérito. Sentença de 4 de julho de 2006, parág. 87-90.

²³⁷ RIVERA, Humberto Cantu. Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. In: RIVERA, Humberto Cantú (org.). **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. Instituto Interamericano de derechos humanos. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017. p. 73.

²³⁸ Os tratados internacionais são reconhecidos pelo direito brasileiro como parâmetro de interpretação, conforme se depreende das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal: (i) no Recurso Extraordinário n. 466.343, que determinou a impossibilidade da prisão do depositário infiel; (i) no Recurso Extraordinário n. 511.961, que declarou inconstitucional a exigência de diploma para o exercício do jornalismo, com esteio na Opinião Consultiva n. 05/1985 da Corte IDH (Opinião Consultiva OC-5/85. Publicada em 13 nov. 1985).

poderes que detêm em razão de seu caráter oficial. No entanto, não se esgotam as situações em que um Estado é obrigado a prevenir, investigar e punir as violações de direitos humanos, nem os casos em que sua responsabilidade possa ser comprometida em decorrência de uma lesão a esses direitos. Na verdade, um ato ilícito que viola direitos humanos que inicialmente não é diretamente atribuível a um Estado, por exemplo, porque é obra de um indivíduo ou porque o autor da transgressão não foi identificado, pode levar à responsabilidade internacional do Estado, não por esse fato em si, mas por falta da devida diligência para prevenir a violação ou tratá-la nos termos exigidos pela Convenção.

No caso *Fazenda Verde vs. Brasil*, o Estado foi condenado por não adotar as medidas integrais para cumprir com a devida diligência em casos de servidão, escravidão, tratando de pessoas e trabalho forçado ocorridas na Fazenda Brasil Verde. Apesar do Estado ter conhecimento de que trabalhadores estariam submetidos ao trabalho escravo ou forçado no Estado do Pará, não demonstrou ter realizado nenhuma medida efetiva de prevenção antes de março de 2000 para impedir a prática e a submissão de seres humanos às condições degradantes. A Corte IDH considerou que apesar das medidas de prevenção serem obrigações de meio e não de resultado, o Estado não demonstrou que as políticas públicas adotadas anteriormente e as inspeções realizadas por funcionários do Ministério do Trabalho tenham sido suficientes e efetivas para prevenir a submissão de 85 trabalhadores ao trabalho escravo. Mesmo após a denúncia de violência e submissão ao trabalho escravo, o Estado não reagiu com a devida diligência requerida em virtude da gravidade da situação e situação de vulnerabilidade das vítimas, afastando-se de seu compromisso internacional.²³⁹

A respeito do dever de diligência, no Caso *Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*, que versou sobre a utilização de explosivos para exploração da área, a Corte IDH afirmou que apesar de o dano não ter sido produzido, a existência de um risco claro e comprovado ao direito de propriedade comunal do Povo Sarayaku é suficiente para a responsabilização do Estado, vez que fora criada uma situação de permanente risco e ameaça para a vida e integridade pessoal dos membros, refletindo na responsabilidade estatal.²⁴⁰

O caso do Povo Saramaka vs. Suriname²⁴¹, é decorrente da construção da represa hidroelétrica Afobaka, a qual inundou o território onde viviam os indígenas. Por não ser possível processar a pessoa jurídica diretamente no âmbito internacional, a demanda foi

²³⁹ CORTE IDH, **Caso Hacienda Verde vs Brasil**, Questões Preliminares, Mérito, Reparações e Custos. Sentença de 20 de outubro de 2016, Pará. 328.

²⁴⁰ CORTE IDH. **Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador**. Mérito e reparações. Sentença de 27 de junho de 2012.

²⁴¹ CORTE IDH. **Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname**. Sentença de 28 de novembro de 2007.

interposta em face do Estado do Suriname. Ao final, o Estado do Suriname foi condenado por violação do direito à propriedade, em relação às obrigações de respeitar, garantir e efetivar este direito no âmbito interno, e por violação do direito à proteção judicial. Na decisão foram impostas ao Estado diversas medidas que também tinham como objetivo atingir a empresa que teria realizado as obras para a construção da hidroelétrica, dentre outras, se abster de todo ato que possa dar lugar que agentes do próprio Estado ou terceiros, atuando com o consentimento ou tolerância do Estado, afetem o direito à propriedade e a integridade do território do povo Saramaka.

No caso *Kaliña e Lokono vs. Suriname*²⁴², a Corte IDH reconheceu que as atividades mineradoras afetaram o meio ambiente e o direito de povos indígenas foram realizadas por atores privados, com omissão do dever de fiscalização pelo Estado, que deveria adotar medidas adequadas para prevenir, investigar, punir e reparar contra os abusos cometidos pelas empresas, regulando a atividade e submetendo-a à justiça. Consideração a omissão do Estado, este foi condenado a reabilitar a zona afetada conjuntamente com a empresa, devendo estabelecer mecanismos claros de supervisão e fiscalização das atividades de reabilitação realizadas pela empresa. Desta forma, a Corte deixou clara a responsabilidade tanto do Estado quanto da empresa para que haja uma reparação integral das vítimas.²⁴³

Ante ao exposto, frente aos inúmeros eventos de violações de direitos humanos, dos tipos e fontes mais variados, é possível perceber que, apesar do relevante papel jurisdicional da Corte IDH, a responsabilidade primária para responder estas atuações remanesce franqueada, em larga escala, ao Estado, que, por seu turno, demonstra pouco ou nenhum interesse em proteger ou remediar integralmente as infrações cometidas em seu território, induzindo em verdadeira impunidade (e, por via direta ou indireta, aos seus agentes) que violam direitos humanos, sem qualquer incentivo de natureza econômica ou reputacional capaz de ensejar mudanças efetivas na conduta protetiva destes direitos.²⁴⁴

²⁴² CORTE IDH, *Caso Pueblos Kaliña e Lokono vs Suriname*. Sentença 25 de novembro de 2015.

²⁴³ SANTANA, Anna Luisa Walter de; PAMPLONA, Danielle Anne. **Intermediarios de internet y derechos humanos: contribuciones del Sistema Interamericano en la construcción de estándares comunes para la promoción de la libertad de expresión en América Latina**. 2020. 263 f. Teses (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. p. 58-59.

²⁴⁴ “Teoria dos Incentivos explica que, quando existe um custo para executar certa tarefa, os agentes necessitam ser de alguma forma motivados a fazê-lo, seja por meio de incentivos positivos, como remuneração ou algum tipo de premiação, seja por meio de incentivos negativos, como punição”. BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. *Ética & incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção?* **Rev. direito GV** [online]. v.13, n.2, pp.390-427, 2017.

Assim, dadas todas estas incertezas aliadas à insuficiência de obrigações dos Estados para fins de reparação integral das vítimas e da consequente atribuição de responsabilidades para os agentes privados, demonstrou-se a complementaridade dos deveres empresariais tanto nas orientações internacionais quanto no direito interno, as quais, apesar de grandes esforços, ainda permanecem incapazes de lidar com condutas empresariais que tenham impacto negativo sobre o meio ambiente ou os direitos humanos.²⁴⁵

Para o objetivo desta tese, cuja proposta de pesquisa parte do reestabelecimento dos vetores constitucionais, dentre estes para a promoção da dignidade da pessoa humana, conforme os ditames da justiça social, deve-se desenvolver a “controvérsia” a partir dos ditames da Constituição, abordando os propósitos da ordem econômica constitucional²⁴⁶ e, na sequência, confrontá-los com o atual paradigma das finalidades da livre concorrência e sua tutela pelo direito concorrencial público e privado, para que assim se possa compreender o objetivo comum na consecução do desenvolvimento econômico e social.

2.6 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: A INCLUSÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

A Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu, por implementação da Resolução n. 41/128, que “o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa,

²⁴⁵ SANTARELLI, Nicolás Carrillo. La promoción y el desarrollo de la protección de los derechos humanos frente a abusos empresariales em el sistema interamericano. *In*: RIVERA, Humberto Cantú (org.). **Derechos Humanos y Empresas**: Reflexiones desde América Latina. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017. p. 92-93.

²⁴⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...].

livre e significativa no processo de desenvolvimento e na justa distribuição dos benefícios dele derivados”.²⁴⁷

O direito ao desenvolvimento visa aproximar a visão entre as categorias de direitos civis e políticos dos direitos econômicos, sociais e culturais, pois a privação de liberdade econômica pode desencadear privações de liberdades sociais e políticas, assim como a privação da liberdade social ou política pode comprometer a liberdade econômica.²⁴⁸ A titularidade central deste direito é bifronte, de um lado, tendo a pessoa humana²⁴⁹, como direito individual inerente a todo e qualquer ser humano e, de outro lado, a comunidade, dispondo do direito fundamental ao direito econômico²⁵⁰, assim, obrigando aos Estados a criação das condições necessárias à sua realização.²⁵¹

No entanto, dado o caráter não vinculante da declaração internacional, aliada à dificuldade de transposição do seu catálogo ao direito interno e respectivamente às obrigações

²⁴⁷ Artigo 1.º 1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual todos os seres humanos e todos os povos têm o direito de participar, de contribuir e de gozar o desenvolvimento económico, social, cultural e político, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais se possam plenamente realizar. Artigo 2.º 1. A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deve participar ativamente e beneficiar do direito ao desenvolvimento. 2. Todos os seres humanos têm responsabilidades no desenvolvimento, individual e coletivamente, tendo em conta a necessidade de um pleno respeito dos seus direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como os seus deveres para com a comunidade, único âmbito no qual se pode alcançar a livre e completa realização do ser humano, e devem assim promover e proteger uma ordem política, social e económica favorável ao desenvolvimento. ONU. Declaração sobre o direito ao Desenvolvimento. Adotada pela resolução 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. No mesmo sentido, a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, em seu art. 1º da Declaração de 1986 estabelece que “o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento”.

²⁴⁸ “O desenvolvimento requer se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência e oportunidades económicas destituição social sistemática, negligência e serviços públicos, intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. A despeito de aumento sem precedentes na população global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesmo a maioria. Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza económica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso à água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais. Em outros casos a violação de liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e económica da comunidade.” SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 16-17.

²⁴⁹ Artigo 2º, §1º. A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento”.

²⁵⁰ FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao Desenvolvimento – uma possível ressignificação entre a Constituição Brasileira e o Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 189-190.

²⁵¹ Art. 3º. §1º. Os Estados têm a responsabilidade primária pela criação das condições nacionais e internacionais favoráveis à realização do direito ao desenvolvimento.

dos Estados, torna imperativa a sua inclusão no quadro constitucional, como pré-condição de exercício dos demais direitos fundamentais, com obrigações prestacionais de ordem positiva e negativa.²⁵²²⁵³

Neste sentido, o Brasil, ao construir a estrutura da ordem econômica, apontou através da Constituição, que seus objetivos somente seriam alcançados pela busca do desenvolvimento nacional (art. 3º, II; art. 174, art. 182 e art. 192, todos da Constituição), desta forma, os cidadãos devem ter possibilidades de desenvolvimento integral, com liberdade de participação crítica no processo político e condições de igualdade econômica, social e política²⁵⁴, com igualdade de oportunidades jurídicas e materiais ao desenvolvimento. Assim, o direito ao desenvolvimento (humano, social e econômico) deve atuar na consagração de princípios e regras jurídicas que possibilitem ao indivíduo o pleno acesso aos recursos suficientes à existência digna.

Para tanto, a Constituição assume a função de obrigar todo e qualquer cidadão a trabalhar no sentido de promover a democratização das condições materiais mínimas de vida digna e de realização da felicidade pessoal para os que já existem e para as gerações futuras, promovendo-se um desenvolvimento sustentável que garanta as condições materiais para a construção de sua própria vida futura.²⁵⁵ Trata-se de um fenômeno de todo o conjunto do sistema econômico²⁵⁶ mediante transformação econômica, política e social²⁵⁷ com uma “dúplice dimensão: em um primeiro plano de desenvolvimento estatal e comunitário, tanto no cenário

²⁵² FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao Desenvolvimento – uma possível resignificação entre a Constituição Brasileira e o Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 195.

²⁵³ Sobre o desenvolvimento e obrigações prestacionais positivas e negativas: “exibe as características de liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade erga omnes, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco do art. 5º da Constituição nem em catálogo preexistente; é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social; (...) é negativo, pois exibe o status negativus que protege o cidadão contra a constrição do Estado ou de terceiros; cria também o status positivus libertatis, que gera obrigação de entrega de prestações estatais individuais para a garantia da liberdade e das suas condições essenciais; postula garantias institucionais e processuais que provam custos gerais para o Estado; é plenamente justificável; independe de complementação legislativa, tendo eficácia imediata. TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro, 2009. p. 39-40.

²⁵⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 282.

²⁵⁵ ÁVILA, Humberto. **Fundamentos do direito tributário**. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 25.

²⁵⁶ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 367.

²⁵⁷ PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil, 1930-1983**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 21.

interno quanto no internacional; e, em um segundo, na dimensão individual de cada ser humano pode desenvolver suas potencialidades”.²⁵⁸

Nada obstante, ainda não existe um claro consenso em relação à agenda dos direitos humanos em termos de desenvolvimento econômico, nem entre as organizações dos direitos humanos nem entre elas e os demais setores sociais dos países, onde se predomina a concepção de crescimento econômico entendido apenas como expansão do consumo.²⁵⁹

Como explica Fernando Araújo, o tema do crescimento pode ser abordado pela sua dimensão relativa, na injustiça resultante da repartição desigual de rendimento, ou, pela dimensão absoluta, a partir da referência à dimensão do produto total da atividade econômica e em termos de sustentação de uma certa qualidade de vida, auferida pela acumulação de bens materiais e pela multiplicação de serviços, em que pese existirem muito mais coisas envolvidas no desenvolvimento humano do que a mera melhoria das condições materiais. Assim, seria possível abordar a questão da prosperidade por duas vias complementares que não se excluem: a da proporção, igualdade ou desigualdade das fatias do bolo, e, a da dimensão do próprio bolo; uma concentrando-se em aspectos de justiça e a outra em aspectos de eficiência.²⁶⁰

Em termos complementares, pode-se dizer que o desenvolvimento tem sido utilizado com referência à história contemporânea, em dois sentidos distintos: O primeiro diria respeito à evolução de um sistema social de produção à medida que este, mediante a acumulação e o

²⁵⁸ FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao Desenvolvimento – uma possível ressignificação entre a Constituição Brasileira e o Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 196.

²⁵⁹ GARAVITO, César Rodríguez; KWEITEL, Juana; WAISBICH, Laura Trajber. Desenvolvimento e Direitos Humanos: Algumas Ideias para Reiniciar o Debate. **Revista internacional de direitos humanos**, v. 9, n. 17, dez. 2012. Disponível em: <https://sur.conectas.org/desenvolvimento-e-direitos-humanos/>. Acesso em: 7 abr. 2021.

²⁵⁹ PINTARELLI, Camila. **Os direitos humanos e a ordem econômica brasileira**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 64, pp. 335 - 378, jan./jun. 2014. p. 374.

²⁶⁰ O autor complementa: “Ao longo da história do pensamento econômico tem havido oscilações no entendimento relativo à prioridade a conceder, no entendimento relativo à prioridade a conceder, nas políticas que afectam o todo da economia, aos objetivos da justiça e da eficiência: - Para uns, a igualdade da repartição deve sobrelevar e deve ser preservada em primeiro lugar, assegurando que não haverá disparidades gritantes no acesso aos resultados da produção – garantindo que ninguém será muito pobre, mas possivelmente dissuadindo também alguém, ou toda a gente, das suas intenções de enriquecimento, e dos seus esforços nesse sentido; - Para outros, o objectivo primordial deve ser o da eficiência na maximização dos resultados da produção, o incremento absoluto da base sobre a qual é possível estabelecer-se a repartição, defendendo estes que não devem criar-se desincentivos ao enriquecimento, porque na medida em que todos contribuam para o incremento do cômputo total mais aumenta a possibilidade de todos serem beneficiados em termos absolutos – o que equivale a dizer, de forma mais simples, que quanto maior for o bolo mais pode haver para todos, e que por isso a insistência na igualdade das fatias pode deixar todos igualmente mais pobres do que o ficaria aquele em que coubesse a menor fatia num bolo menos igualitário, mas absolutamente maior -.” ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**. 3 ed., 5 reimp., Lisboa: Almedina. 2006. p. 664.

progresso das técnicas, torna-se mais eficaz, ou seja, eleva a produtividade do conjunto de sua força de trabalho; O segundo, é adotado como adequado ao espírito ideológico constitucional, relaciona-se com o grau de satisfação das necessidades humanas, aduzindo que, nesse caso, o grau de ambiguidade que já vislumbra no primeiro sentido do termo aumentaria ainda mais, pois quanto mais se afasta do plano da satisfação das necessidades humanas elementares, tais como a alimentação, o vestuário, a habitação, mais urgente se tornaria a referência a um sistema de valores, pois, a ideia de necessidade humana tenderia a perder nitidez fora de determinado contexto cultural.²⁶¹

Para a economia liberal neoclássica, a concepção de desenvolvimento é evolucionista: ocorre de forma gradual e espontânea, quando as instituições permitem o máximo de iniciativa individual que exclui a vinculação da ideia do desenvolvimento às transformações sociais profundas. No entanto esta visão estática da economia neoclássica da Escola Marginalista, cuja análise se funda no individualismo metodológico, é abalada no século XX, desde a análise de Schumpeter, com as preocupações em torno do desenvolvimento, que se dá com um processo de mudanças endógenas da vida econômica, que alteram o estado de equilíbrio previamente existente. Para tanto, o grande desafio da superação deste pensamento se encontra na transformação das estruturas socioeconômicas e institucionais para satisfazer as necessidades da sociedade nacional. A efetivação deste objetivo somente ocorrerá com a participação social, política e cultural dos grupos tradicionalmente considerados como ‘objeto’ do desenvolvimento, que devem ser elevados à sujeitos. No caso brasileiro, este processo funda-se em decisões políticas, onde o desenvolvimento econômico e social deve buscar a eliminação das desigualdades. No entanto, a estrutura do Estado Social europeu e as intervenções keynesianas na economia são insuficientes para a atuação do Estado na América Latina, que deve ser muito mais amplo e profundo do que nos países centrais. No Brasil, por exemplo, nunca houve uma autonomia plena, o Estado se encontra em meio à forças heterogêneas e contraditórias que o sustentam, sem nunca ter conseguido instaurar uma sociedade de bem-estar: moderno e avançado em determinados setores da economia, mas tradicional e repressor em boa parte das questões sociais. Apesar de ser considerado um Estado forte e intervencionista

²⁶¹ FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2010. p. 21-30.

é, paradoxalmente, impotente perante fortes interesses privados e corporativos dos setores mais privilegiados.²⁶²

Neste sentido, torna-se premente a abordagem de elementos intrínsecos como os “intangíveis” direitos humanos, valores que são ignorados pelo atual sistema capitalista e que envolvem um custo além daqueles que figuram nas contabilidades privada e pública, capazes de aumentar a entropia do universo para temas sensíveis sobre a compreensão do homem enquanto cidadão, tornando o processo econômico nada menos do que uma ação predatória crescente, desprovido do seu indissociável caráter social, cujas externalidades negativas são suportadas exclusivamente pelas vítimas das condutas abusivas e, conseqüentemente, pela coletividade.²⁶³

Ao se inserir a satisfação das necessidades humanas como uma das dimensões do processo de desenvolvimento, muda-se o enfoque tradicional conferido ao tema, centrado quase que exclusivamente no tradicional conceito de eficiência econômica²⁶⁴, passando-se a conjugar Estado e sociedade em prol do fortalecimento das habilidades, capacidades e competência humanas, sendo função estatal a harmonização da perspectiva de crescimento econômico com o desenvolvimento humano e comunitário.²⁶⁵

O direito ao desenvolvimento, assim, demanda uma globalização ética e solidária, devendo ser concebido como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas podem usufruir (liberdades substantivas e liberdades instrumentais, divididas em cinco espécies: liberdades política, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora):

[...] o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. O enfoque nas liberdades humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, como as que identificam desenvolvimento com crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. O crescimento do PNB ou das rendas individuais obviamente pode ser muito importante como um meio de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade. Mas as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde), e os direitos civis (por

²⁶² BERCOVICI, Gilberto. O estado desenvolvimentista e seus impasses: uma análise do caso brasileiro. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. xvLi[i.e. 47], 2004. p. 3-4; 11-20.

²⁶³ FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 22-23.

²⁶⁴ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento: Antecedentes, Significados e Conseqüências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 20.

²⁶⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 17.

exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas). [...]. O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva dos Estados repressivos.²⁶⁶

Na sua acepção mais moderna, pode-se observar que o desenvolvimento se desdobra em três vertentes - econômica, social e política – que se relacionam com um ponto comum, a liberdade do homem, obtida através da implementação dos princípios e valores decorrentes das normas, princípios e valores convencionais e constitucionais. No caso brasileiro, a liberdade se estabelecerá a partir da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com fundamento na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

A escolha de um sistema de valores a nortear o processo de desenvolvimento e a ordem econômica²⁶⁷, revela-se essencial, por colocar o homem e a vida digna no centro das discussões, oferecendo uma “possibilidade de recuperar a noção de Estado de Direito e revalorizá-la não como um mecanismo de proteção aos investimentos privados, mas de proteção às minorias contra as maiorias”.²⁶⁸

Assim, o desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar um processo de mobilidade social contínuo e intermitente, podendo levar a um salto, de uma estrutura social para outra, desde que acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa. Nesta perspectiva, o crescimento econômico meramente quantitativo compreenderia uma parcela da noção de desenvolvimento.²⁶⁹ Se o desenvolvimento não for o resultado conjugado entre causa e resultado de transformações econômicas e sociais, não se poderá falar que houve desenvolvimento. Um sistema social é composto, interdependente, de relações econômicas, sociais e políticas e quando houver modificações reais na estrutura econômica, estas repercutirão na estrutura política e social, e

²⁶⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 16.

²⁶⁷ “Os valores a conduzir a ordem econômica, estampados no texto constitucional, são os valores do mercado, da livre concorrência, da propriedade privada e da soberania nacional, mas também da função social da propriedade. Assim, estas seriam as finalidades perseguidas: a existência digna, a defesa do consumidor, do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais e a busca do pleno emprego.” RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista & empresa privada: estrutura e função**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 180.

²⁶⁸ GARAVITO, César Rodríguez; KWEITEL, Juana; WAISBICH, Laura Trajber. Desenvolvimento e Direitos Humanos: Algumas Ideias para Reiniciar o Debate. **Revista internacional de direitos humanos**, v. 9, n. 17, dez. 2012. Disponível em: <https://sur.conectas.org/desenvolvimento-e-direitos-humanos/>. Acesso em: 7 abr. 2021.

²⁶⁹ GRAU, Eros. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.p. 10.

vice-versa. Se a repercussão for pequena, se o crescimento de renda, por exemplo, não for acompanhado de transformações políticas e sociais, isto será sinal de que aquele crescimento da renda não foi significativo para o desenvolvimento, de maneira que não pode ser considerado como tal²⁷⁰, pois não provocará propriamente um progresso se cessada a causa indutora, assim, este “crescimento” se esvaziará.²⁷¹ O crescimento deve levar ao desenvolvimento sustentável, ser equilibrado, equitativo e eficiente, não podendo ser medido pelo simples acumular de riqueza.²⁷²

Envolve-se uma série infindável de modificações de ordem qualitativa e quantitativa que conduzem a uma mudança real na estrutura da economia e da própria sociedade.²⁷³ Esta transformação estrutural lastreada interdisciplinarmente em política, economia e no aspecto social, supera a concepção individualista identificada na raiz de virtualmente todos os seus processos, que visa estabelecer uma maior produção por habitante para criar um excedente sob a forma de recursos destinados ao investimento em capital fixo social.²⁷⁴

A ordem econômica nacional, desta forma, reconhece o prisma prevalente dos transformadores direitos humanos sobre ordem jurídica nacional, adensando-os ao capitalismo, significando que o sistema econômico está e deve estar estruturado nas diversas gerações dos

²⁷⁰ PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil, 1930-1983**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 22.

²⁷¹ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 373.

²⁷² MONCADA, Luiz S. Cabral de. **Direito Econômico**. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2018. p. 181.

²⁷³ O PIB, por exemplo, representa apenas um crescimento econômico, mas não se traduz, necessariamente, em desenvolvimento. O crescimento pode não representar uma mudança significativa e/ou transformação estrutural profundo de um País. De forma mais abrangente, encontra-se o IDH: “A aferição do IDH2 (Índice de Desenvolvimento Humano) foi adotada, a partir dos anos noventa do século passado, como importante instrumento de averiguação da condição humana dos países, a partir de indicadores socioeconômicos, considerados em três dimensões essenciais: (i) longevidade da população; (ii) padrão educacional; (iii) PIB per capita. Discute-se, atualmente, a inclusão de um quarto critério de avaliação representado pela aferição da qualidade das políticas de sustentabilidade adotadas pelos países. Significa que, para além dos índices sociais, geopolíticos e econômicos, reconhece-se a necessidade de acompanhamento dos aspectos político-jurídicos da questão do desenvolvimento. Assim, o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) foi consagrado como indicador de desenvolvimento e transformado em mecanismo de análise da ONU para a determinação de políticas públicas de enfrentamento dos problemas sociais humanitários, tendo norteado as metas de desenvolvimento humano do milênio.” FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Desenvolvimento Econômico e Direitos Humanos*. **Boletim de Ciências Econômicas**. v. LII. Coimbra: Impactum Coimbra University Press, 2009, p. 33-53. p. 34.

²⁷⁴ Três fatores cruciais têm sido identificados na raiz de virtualmente todos os processos de desenvolvimento econômico: a acumulação de capital, a evolução tecnológica e a existência de um mercado consumidor. E, com efeito, se o desenvolvimento redundar em uma maior produção por habitante, se criará um excedente sob a forma de recursos destinados ao investimento em capital fixo social. NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 374.

direitos fundamentais, sob pena de afronta à Constituição e à própria dignidade humana²⁷⁵, que “com esses fundamentos respeitados e respeitando-se os princípios da ordem econômica, tais como propriedade privada e função social, livre-concorrência, defesa do consumidor e do meio ambiente, assegura-se a existência digna e promove-se a justiça social”²⁷⁶, partindo-se da concepção do desenvolvimento lastreado na satisfação das necessidades elementares dos cidadãos em conjugação aos fundamentos e objetivos constitucionais da República.

Consolidada esta base teórica, permite-se avançar o estudo para a deontológica aplicação e correlação dos direitos humanos com a atividade empresarial.

2.6.1 A regulação do mercado em favor dos direitos humanos: uma inclusão ética-vinculante para a atividade empresarial

Dada a importância do mercado para o desenvolvimento, cumpre ao Estado o papel de lhe regular para garantir a liberdade de troca e do intercâmbio econômico para promover um nível de vida melhor para a sociedade.²⁷⁷ Para tanto, a regulação assume ser “indispensável para o funcionamento adequado do mercado impedindo as deficiências do seu funcionamento que a ordem privada (e pública) da economia gera; o abuso do poder econômico, as distorções da concorrência, a concentração excessiva com todas as respectivas consequências”,²⁷⁸ tratando-se de uma intervenção protetora e disciplinadora, sem pretensão de substituir a decisão privada,

²⁷⁵ PINTARELLI, Camila. Os direitos humanos e a ordem econômica brasileira. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 64, pp. 335 - 378, jan./jun. 2014. p. 374.

²⁷⁶ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 164.

²⁷⁷ “Um terceiro exemplo relaciona-se ao papel dos mercados como parte do processo de desenvolvimento. A capacidade do mecanismo do mercado de contribuir para o elevado crescimento econômico e o progresso global tem sido ampla e acertadamente reconhecida na literatura contemporânea sobre desenvolvimento. [...] Ser genericamente contra os mercados seria tão estapafúrdio quanto ser genericamente contra a conversa entre pessoas. [...] A contribuição do mecanismo de mercado para o crescimento econômico é obviamente importante, mas vem depois do reconhecimento da importância direta da liberdade de troca [...]. A liberdade de entrar em mercados pode ser, ela própria, uma contribuição importante para o desenvolvimento, independentemente do que o mecanismo de mercado possa fazer ou não. [...] A liberdade de participar do intercâmbio econômico tem um papel básico na vida social. [...] É difícil pensar que qualquer processo de desenvolvimento substancial possa prescindir do uso muito amplo de mercados, mas isso não exclui o papel do custeio social, da regulamentação pública ou da boa condução dos negócios do Estado quando eles podem enriquecer – ao invés de empobrecer – a vida humana. A abordagem aqui adotada propõe um modo mais amplo e mais inclusivo de ver os mercados do que frequentemente invocado, seja para defender, seja para criticar o mecanismo de mercado. [...] A privação de liberdade econômica pode gerar a privação de liberdade social, assim como a privação de liberdade social ou política pode, da mesma forma, gerar a privação da liberdade econômica.” SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 20-23.

²⁷⁸ MONCADA, Luiz S. Cabral de. **Direito Econômico**. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2018. p. 51.

apenas condicionando-a em situações-limite. Assim, deduz-se a compreensão de que o mercado não é um fim em si, é um meio para racionalizar a decisão econômica, cujo fim é a elevação do nível de satisfação das necessidades básicas, com limites precisos às consequências inconvenientes da ordem privada da economia, ou seja, do poder privado, como no caso do dever da atividade empresarial de proteger, respeitar e remediar os direitos humanos, intervindo para satisfazer exigências de interesse público.²⁷⁹

A busca por uma economia pautada na ética e em prol do bem-estar da coletividade se relaciona com a valorização individualista tradicional que se guarda em uma ação racional de consistência interna de escolha e que considera a relação binária interna entre o que se tenta obter e como se busca tais resultados, acrescidos da maximização do autointeresse.²⁸⁰ Diante da perspectiva da teorização de Amartya Sen sobre as liberdades instrumentais, podem ser encontrados os ideais humanistas, cujo propósito é uma vida digna, repleta das liberdades instrumentais, que somente poderão ser realizados por subsídios estatais, leia-se, *in casu*, através do apoio das políticas instrumentais da concorrência e da regulação do mercado em prol de comportamentos empresariais éticos, assegurando uma economia social de mercado, sob a égide da eficiência e capaz de combater os abusos de poder econômico e as vantagens dele provenientes ao invés de performance competitiva.²⁸¹ Esta perspectiva, ordoliberal de mercado (conforme capítulo 3.1 desta tese), se traduz na aposta da intervenção indireta do Estado na economia privada e através dos instrumentos de regulação econômica, cujo objetivo não é eliminar o poder econômico ou viabilizar o dirigismo estatal, mas prevenir e reprimir as naturais disfunções do mercado corporizados em abusos individuais do poder empresarial e em práticas coletivas inconvenientes aos propósitos do Estado.²⁸²

²⁷⁹ MONCADA, Luiz S. Cabral de. **Direito Econômico**. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2018. p. 51-53.

²⁸⁰ SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. 1 ed. 9 reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 28-38.

²⁸¹ “In the ordoliberal view, firms may gain a competitive advantage if they perform better than their competitors do. However, certain forms of conduct must be prohibited if this advantage materialises because of market power that is not based on performance”. BERGH, Roger Van den. **Comparative competition law and economics**. USA: Edward Elgar, 2017. p. 101.

²⁸² “Os antecedentes directos do direito europeu da concorrência estão no <ordoliberalismo> alemão do período anterior à II Grande Guerra. Esta corrente do pensamento económico (W. Eucken, Ropke, Bohm) considera o mercado o mecanismo de decisão económica mais idóneo para gerar a melhor alocação dos recursos e assim permitir a maximização da satisfação das necessidades dos operadores económicos, empresários e consumidores. Mas a manutenção do mercado apenas pode garantir-se mediante a consolidação de uma ordem jurídica onde o direito da concorrência tem lugar cativo, capaz de eliminar <falhas de mercado> que se traduzem em ineficiências decorrentes de preços abusivos. A ligação entre mercado e norma jurídica é assim endêmica. MONCADA, Luiz S. Cabral de. **Direito Econômico**. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2018. p. 438.

A partir do argumento de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares a partir da nova consciência das ameaças sociais que sobre eles impendem, a defesa da eficácia direta justifica a atenção para a relevância dos chamados poderes privados no desenvolvimento daquelas ameaças. Nas sociedades modernas, é frequente que o indivíduo se encontre absolutamente desamparado quando se relaciona com outros particulares e entidades privadas, estando sujeito às suas imposições mesmo quando tal vem ocultado no invólucro de uma relação contratual consentida ou de adesão voluntária. A situação que vem invocada na linguagem dos poderes privados é a situação em que uma entidade privada, detentora de um tal poder social (de natureza econômica, cultural, religiosa ou simplesmente circunstancial) que remete os particulares que com ela se relacionam para uma situação de sujeição estrutural objetiva, fática e, por vezes, de submissão irresistível. Nessas relações desequilibradas de sujeição material de uma das partes que se justifica o recurso aos direitos fundamentais contra os abusos oriundos da posição de poder. Note-se, que não se deve ignorar as externalidades negativas decorrentes das relações privadas, as quais também podem enclausurar resultados desfavoráveis àqueles que se encontra adjacentes à relação contratual. Pelo menos nestes casos, os direitos humanos fundamentais teriam aplicabilidade direta enquanto direitos subjetivos contra as entidades privadas dominantes por parte dos particulares a elas submetidos²⁸³, direta ou indiretamente.

Na atualidade é relativamente pacífica a ideia de que, em nossas sociedades, o Estado tem de vigiar e controlar a acumulação excessiva de poder em entidades privadas que distorcem a própria possibilidade de livre encontro de autonomia e ameaça a liberdade individual ou a própria dignidade da pessoa humana, inclusive em níveis superiores às ameaças do próprio Estado de Direito, não existindo dúvidas relativamente à possibilidade e necessidade de o legislador controlar, limitar e inibir os abusos da posição dominante.²⁸⁴

[...]. a lógica do reconhecimento de um dever estatal de proteção da autonomia e liberdade individuais contra ameaças provenientes, não apenas das entidades públicas, mas também de entidades privadas, dever esse que, naturalmente, varia em função das concretas e diferentes necessidades de protecção e só pode ser invocado, na ausência de lei, para além da lei ou contra a lei, em circunstâncias excepcionais e evidentes de desprotecção.

²⁸³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 134-135.

²⁸⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 138-139.

Se um particular competente e informado está voluntariamente numa relação simétrica carece, em princípio, de menor protecção do que um particular sujeito ou forçado, por razões de sobrevivência, a permanecer numa relação assimétrica, mas inversamente, um particular menos competente envolvido numa relação aparentemente entre iguais pode carecer de mais protecção estatal que um particular competente, dotado de atributos pessoais que lhe dão auto-suficiência plena, mesmo quando estabelece uma relação com um dito poder privado.²⁸⁵²⁸⁶

A despeito da direcção do mercado poder ocorrer pelas técnicas do monopólio ou participação direta, esta tese se debruça sobre a intervenção indireta, através da regulação do ambiente concorrencial, tutor do mercado, que é o meio apto para impor regras de conduta a serem observadas pelos agentes económicos para disciplinar suas práticas de mercado, os agentes económicos e o abuso do poder económico.²⁸⁷ Esta técnica é “um instrumento de que lança mão o Estado para dar concreção à determinada política pública”,²⁸⁸ conjectura regulatória apresentada por Paula Forgini como a teoria das “válvulas de escape”: o enunciado da lei antitruste, por exemplo, contém instrumentos que permitem a flexibilização necessária da sua aplicação em razão da realidade mutável do contexto sócioeconómico no qual estiver inserido. No jogo do interesse protegido, permite-se a utilização de uma das válvulas de escapes

²⁸⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 145-146.

²⁸⁶ Exemplo envolvendo a violação de direitos humanos em atividade empresarial foi analisada a França, no caso do “arremesso de anão”. Neste caso, em que pese tenha sido celebrado um contrato de prestação de serviços considerado vantajoso para ambas as partes (a casa de eventos que obteve mais público e o anão que obteve mais recursos financeiros), seu objeto foi considerado abusivo por violar a função social do contrato em razão do abuso da dignidade da pessoa humana. TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações privadas. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. Ed., Rio de Janeiro: renovar, 2008. p. 66-68.

²⁸⁷ In our view, availability of the abuse of dominance prohibition is one of the most important weapons in the antitrust arsenal of developing countries to open up closed markets and thus help make markets work where they have never worked before; where business has been tied up in privilege and cronyism and dominant firms have blocked paths of the masses of people. Past and lingering statism and privilege, and the fact that businesses have grown by favoritism not merit, point to the need for a strong law, friendly to enforcement.¹³³ Whereas US law is especially concerned with false positives, with too much antitrust intervention lest inefficient firms will be protected from competition itself, developing countries may be more worried about false negatives, worried that dominant firms have for too long been protected from the forces of competition and that people/firms with no power have often been excluded from entering markets and competing on their merits.” GAL, Michal S. FOX, Eleanor M. Drafting competition law for developing jurisdictions: learning from experience. *In*: GAL, Michal S. et al. (Org.). **The economic characteristics of developing jurisdictions: their implications for competition law**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. p. 334.

²⁸⁸ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 80-81.

para permitir que, em cada caso concreto, seja adotada uma solução anitruste capaz de contemplar um ou mais interesses que se abriguem dentre as normas concorrenciais.²⁸⁹

Frise-se, a instrumentalização de políticas públicas, como é o exemplo do direito concorrencial, para promoção de direitos humanos encontra grande resistência entre os teóricos neoclássicos; Steven Shavell e Louis Kaplow, entendem que as políticas públicas deveriam ser baseadas exclusivamente nos princípios da economia do bem-estar neoclássica, por se basearem na presunção de que todos os benefícios e prejuízos atribuíveis à diferentes ações, eventos ou políticas, seriam comensuráveis uns com os outros e os efeitos seriam medidos pelas preferências dos indivíduos. Deste modo, deveriam ser neutras e independentes de qualquer objetivo de se garantir direitos humanos.²⁹⁰ Em defesa do viés utilitarista, os autores argumentam que a adesão estrita a princípios não utilitaristas pode levar à violações abomináveis aos direitos humanos²⁹¹, pelo fato de se padronizar a maximização do bem-estar

²⁸⁹ “A análise empírica das decisões antitruste demonstra que, dependendo da solução que se entenda como apropriada, declara-se determinado interesse (dentre muitos) como digno da tutela do ordenamento jurídico. Temos, contida no texto normativo, uma multiplicidade de interesses que reclamam proteção jurídica, e que implica mais um dos meios de que dispõe a autoridade para, utilizando-se das possibilidades que são dadas pela lei, concretizar determinada política econômica, optando por cuidar de um desses interesses. Quando, no caso concreto, decide-se declarar determinado interesse como digno de tutela jurídica, temos que todos os outros interesses, que se abrigam nas mesmas normas, não são inválidos ou ineficazes; apenas afasta sua tutela naquela hipótese. Não há antinomia ao se optar pela proteção de determinado interesse, em detrimento dos outros. A mais essa “válvula de escape” das normas antitruste, consubstanciada na possibilidade de decisão conforme o interesse digno de tutela jurídica no caso concreto que se está analisando, dá-se o nome de ‘jogo do interesse protegido’. A questão se torna complexa quando considerado o já referido leque de interesses que se pode abrigar sob as normas antitruste: interesse do mercado, interesse do consumidor, interesse nacional, bem comum, eficiência alocativa, interesse público etc. Teoricamente, a aplicação da Lei antitruste pode tutelar cada um desses interesses, resultando, muitas vezes, em possibilidades de decisões de vários sentidos, alguns diametralmente opostos. [...]. Não obstante, qualquer que seja a posição adotada pelo intérprete que se encontra diante do cipoal de interesses ‘protegíveis’, há de ser abandonada a confortável crença, referida com a habitual sagacidade por Bork, de que ‘as boas coisas são sempre compatíveis’, de forma que se poderia encontrar harmonia intrínseca entre todos os interesses a serem protegidos.” FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev. atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 245-249.

²⁹⁰ KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus Welfare**. Cambridge, MA: Harvard University Press. Harvard Law Review, vol. 114, Feb. 2001, pp. 961–1388. p. 979–980.

²⁹¹ KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus Welfare**. Cambridge, MA: Harvard University Press. Harvard Law Review, vol. 114, Feb. 2001, pp. 961–1388. p. 999.

comum²⁹²²⁹³ e, desta forma, algumas políticas poderiam acabar por lhe reduzir ao invés de aumentar. Por esta razão, as políticas públicas devem ser baseadas nos princípios e na metodologia do bem-estar²⁹⁴, sem nenhum peso avaliativo, independente concedido às noções de equidade, justiça ou direitos humanos²⁹⁵, exceto nas hipóteses em que possam levar a redução da “distribuição de renda”.²⁹⁶ Nesta perspectiva, o argumento de que os direitos humanos devam prevalecer contra a maximização da utilidade como um critério de escolha social implicaria necessariamente que o bem-estar humano poderia-deveria ser sacrificado para promoção dos valores baseados em direitos humanos.²⁹⁷

Esta aplicação teórica é contestada por Philip Harvey, pois a linha metodológica da economia do bem-estar não pode ser considerada adequada para resolver os conflitos entre a maximização da utilidade e a proteção dos direitos humanos como objetivos de política pública.²⁹⁸ A primeira falha decorre de a economia de bem-estar ser a única e exclusiva metodologia de análise para decidir quais políticas públicas têm maior probabilidade para melhorar o bem-estar dos seres humanos (e dos não humanos, se forem reconhecidos).²⁹⁹ Para Philip Harvey, a economia de bem-estar neoclássica pode ser adequada para avaliar apenas certos tipos de efeitos de bem-estar - especificamente aqueles que envolvem variações na renda monetária ou nos preços – enquanto outros efeitos de bem-estar são melhor analisados usando os testes de equilíbrio associados à análise jurídica tradicional, incluindo as metodologias de

²⁹² KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus Welfare**. Cambridge, MA: Harvard University Press. Harvard Law Review, vol. 114, Feb. 2001, pp. 961–1388. p. 961.

²⁹³ Esses fatores incluem os efeitos de bem-estar das mudanças (ou falta de mudança) na distribuição de renda; o fato de que as preferências existentes podem ser baseadas em informações imperfeitas ou avaliações equivocadas das informações disponíveis; o fato de que as pessoas podem atribuir valor positivo a (ou seja, tenha gosto por) justiça e outros objetivos normativos envolvendo autossacrifício; o fato de que as preferências são moldadas por instituições sociais, incluindo a lei; e o fato de que o bem-estar humano pode aumentar no longo prazo se as políticas forem buscadas com o propósito de mudar as preferências, e não com o propósito de meramente satisfazer as preferências existentes. KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus Welfare**. Cambridge, MA: Harvard University Press. Harvard Law Review, vol. 114, Feb. 2001, pp. 961–1388. p. 989-1338.

²⁹⁴ KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus Welfare**. Cambridge, MA: Harvard University Press. Harvard Law Review, vol. 114, Feb. 2001, pp. 961–1388. p. 1021–1038.

²⁹⁵ KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus Welfare**. Cambridge, MA: Harvard University Press. Harvard Law Review, vol. 114, Feb. 2001, pp. 961–1388. p. 1011–1017.

²⁹⁶ KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus Welfare**. Cambridge, MA: Harvard University Press. Harvard Law Review, vol. 114, Feb. 2001, pp. 961–1388. p. 966.

²⁹⁷ HARVEY, Philip. **Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously**. Columbia human rights law review, [S. l.], v. 33, p. 363-471, 2001. p. 410.

²⁹⁸ HARVEY, Philip. **Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously**. Columbia human rights law review, [S. l.], v. 33, p. 363-471, 2001. p. 370.

²⁹⁹ HARVEY, Philip. **Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously**. Columbia human rights law review, [S. l.], v. 33, p. 363-471, 2001. p. 411.

ponderação diferencial comumente empregadas na avaliação de reivindicações de justiça e baseadas em direitos.³⁰⁰ Assim, se a economia de bem-estar não demonstra estar à altura do problema, o autor questiona como pode ser resolvido o conflito entre o dever do Estado para garantir direitos humanos e garantir a estabilidade de preços em um governo limitado. Para responder a questão, o autor apresenta a reflexão sobre dois casos conhecidos como “botes salva-vidas”, julgados pela Corte americana e inglesa no século XIX, e que envolveram conflitos entre a maximização da utilidade e a proteção dos direitos compensatórios. Ambos os casos envolveram situações em que indivíduos inocentes foram mortos em circunstâncias críticas e presumivelmente salvaram mais vidas do que foram sacrificadas. Cite-se, abaixo, ambos os casos com os comentários do próprio autor:

*U.S. v. Holmes.*³⁰¹ No início da primavera de 1841, um navio americano atingiu um iceberg enquanto atravessava o Oceano Atlântico. Como o navio afundou, 41 passageiros e membros da tripulação lotaram-se em um barco/bote de salvamento. O

³⁰⁰ HARVEY, Philip. **Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously.** *Columbia human rights law review*, [S. l.], v. 33, p. 363-471, 2001. p. 412.

³⁰¹ “U.S. v. Holmes. 190 In the early spring of 1841, an American ship hit an iceberg while crossing the Atlantic Ocean. As the ship sank, forty-one passengers and crew members crowded onto a leaky lifeboat. The boat was badly overloaded, its gunwales only five inches above the water line. Nevertheless, the passengers and crew managed to keep the boat afloat for the next twenty-four hours. The crew rowed and the passengers bailed water. Then, in the middle of their second night in the lifeboat, the wind rose and waves began to splash into the boat. Certain that the boat would founder unless its load was lightened, the officer in charge ordered the crew members to throw overboard all the adult male passengers who were not accompanied by their wives. Fourteen men were thrown overboard, followed by two women who apparently asked to be thrown overboard with their brother. Thus lightened, the lifeboat survived the night, and the next morning the boat’s remaining occupants were rescued by a passing ship. When the rescue ship reached port, most of the surviving crew disappeared, but one, a man named Holmes, was arrested and charged with manslaughter. The judge who presided at Holmes’s trial instructed the jury that individuals facing certain death, as were the occupants of the lifeboat, could rightfully sacrifice some of their number to save the rest, but that this act of self-preservation was conditioned on satisfying two requirements. First, crew members had to be sacrificed before passengers, because of the contractual duty the crew owed to the passengers. Second, the selection of specific individuals to be sacrificed had to be done by lot. If these requirements were met, the homicides would be justified, even if the victims had not agreed to the procedure, and even if the victims resisted their fate and had to be killed by force. Following these instructions, Holmes was convicted of manslaughter and sentenced to six months imprisonment. Although this case does not concern unemployment, it illustrates how one judge resolved a conflict between utilitymaximization and countervailing rights-based claims. In his instructions to the jury, the judge in the Holmes case articulated a rule of law according to which the killing of innocent persons could be justified if it resulted in fewer lives being lost than if no one were killed. The judge’s holding that the killing of innocent persons could be justified in the circumstances of this case reflects the view that utilitarian considerations sometimes should outweigh otherwise valid rights-based claims—in this instance, the right to life itself, if only for a few more minutes or hours (with a remote chance of long-term survival). At the same time, however, the court held that the crew had no right to sacrifice the lives of passengers ahead of their own, and no right to sacrifice anyone’s life unless that person was selected by lot. This was true, even though the crew’s use of a different procedure to decide whom to throw overboard produced the same net benefit. terms of the number of lives saved as would the procedure approved by the court. This holding illustrates the justification of public policies on the basis of rights-based concerns, irrespective of whether the policy is utility-maximizing.” HARVEY, Philip. **Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously.** *Columbia human rights law review*, [S. l.], v. 33, p. 363-471, 2001. p. 425-427.

barco estava muito sobrecarregado e mesmo assim os passageiros conseguiram manter o barco à tona pelas próximas 24 horas. No meio de sua segunda noite no bote salva-vidas, o vento subiu e as ondas começaram danificar seriamente o barco. O oficial encarregado, estava certo de que o barco afundaria a menos que sua carga fosse aliviada e ordenou que os membros da tripulação jogassem ao mar todos os passageiros adultos que não estavam acompanhados de suas esposas. Quatorze homens foram jogados ao mar, seguidos por duas mulheres que aparentemente pediram para serem jogadas ao mar com seus irmãos. Assim, o bote salva-vidas sobreviveu à noite, e na manhã seguinte os ocupantes restantes do barco foram resgatados por um navio que passava.

Quando o navio de resgate chegou ao porto, a maioria da tripulação sobrevivente desapareceu, mas um, um homem chamado Holmes, foi preso e acusado de homicídio culposo. O juiz que presidiu o julgamento de Holmes e Holmes argumentou que indivíduos enfrentavam a morte certa, assim como os ocupantes do bote salva-vidas, de modo que teriam razão ao realizar certo sacrifício de vidas para salvar o resto, mais que para isto, o ato de autopreservação estava condicionado a satisfazer dois requisitos. Primeiro, os tripulantes tiveram que ser sacrificados diante dos passageiros, por causa do dever contratual que a tripulação devia aos passageiros. Em segundo lugar, a seleção de indivíduos específicos a serem sacrificados tinha que ser feita por sorteio. Se esses requisitos fossem cumpridos, os homicídios seriam justificados, mesmo que as vítimas não tivessem concordado com o procedimento, e mesmo que as vítimas resistissem ao seu destino e tivessem que ser mortas à força. Seguindo estas instruções, Holmes foi condenado por homicídio culposo e condenado a seis meses de prisão.

Embora este caso não diga respeito ao desemprego, ilustra como um juiz resolveu um conflito entre a maximização da utilidade e as reivindicações compensatórias baseadas em direitos. Em suas instruções ao júri, o juiz do caso Holmes articulou uma regra de direito segundo a qual o assassinato de pessoas inocentes poderia ser justificado se resultasse na perda de menos vidas do que se ninguém fosse morto. A afirmação do juiz de que o assassinato de pessoas inocentes poderia ser justificado nas circunstâncias deste caso reflete a visão de que as considerações utilitárias às vezes devem superar as reivindicações baseadas em direitos válidos - neste caso, o direito à vida em si, mesmo que apenas por mais alguns minutos ou horas (com uma chance remota de sobrevivência a longo prazo).

Ao mesmo tempo, no entanto, o tribunal considerou que a tripulação não tinha o direito de sacrificar a vida dos passageiros à frente de seus próprios, e nenhum direito de sacrificar a vida de ninguém a menos que essa pessoa fosse selecionada por sorteio. Isso era verdade, embora o uso da tripulação de um procedimento diferente para decidir quem jogar ao mar produzisse o mesmo benefício líquido em termos do número de vidas salvas, assim como o procedimento aprovado pelo tribunal. Essa realização ilustra a justificativa de políticas públicas com base em preocupações baseadas em direitos, independentemente de a política ser maximizadora de utilidades.

The Queen v. Dudley and Stephens.³⁰² O Estado de Direito adotado pelo tribunal de *Holmes* comprometeu considerações utilitárias e baseadas em direitos. Em um caso em inglês análogo do século XIX. *The Queen v. Dudley and Stephens*, a Corte adotou uma regra mais deferente aos direitos das potenciais vítimas. Nesse caso, dois marinheiros presos em um bote salva-vidas foram processados por matar e comer um terceiro. Eles ofereceram uma defesa baseada na necessidade de sua ação para salvar suas próprias vidas. O tribunal considerou que esta defesa não estava disponível para os marinheiros, mesmo que "se os homens não tivessem se alimentado do corpo do menino, eles provavelmente não teriam sobrevivido para serem ... resgatados", e "o menino, estando em uma condição muito mais fraca, provavelmente teria morrido antes deles." Além disso, no julgamento de *Dudley e Stephens* notou-se expressamente sua discordância com a sustentação do tribunal de *Holmes* de que o homicídio teria sido justificado se a vítima tivesse sido escolhida por sorteio. Em vez de um direito de preservar suas vidas, o tribunal argumentou que tanto a moralidade quanto a lei impuseram um dever a *Dudley e Stephens* de aceitar suas próprias mortes. O direito de sua vítima inocente de não ser morto contra sua vontade superou seu esquema para maximizar a taxa de sobrevivência do grupo como um todo. (tradução nossa).

A descrição dos casos não serve ao argumento de mérito das participações de ambos nos tribunais. Eles são citados para ilustrar o peso especial das reivindicações baseadas em direitos humanos que entram em conflito com considerações utilitárias. O "trunfo" pode ser absoluto, como foi considerado pela corte de *Dudley e Stephens*. Mas o caso *Holmes* ilustra que as reivindicações baseadas em direitos humanos podem ser concedidas com deferência especial, todavia, sem tratá-las como trunfos absolutos. Isso é coerente com a visão de que tanto a maximização da utilidade quanto a proteção dos direitos fundamentais são objetivos legítimos de políticas públicas.³⁰³

³⁰² "The Queen v. Dudley and Stephens. The rule of law adopted by the Holmes court compromised utilitarian and rights-based considerations. In an analogous nineteenth century English case, The Queen v. Dudley and Stephens, the court adopted a rule that was more deferential to the rights of potential victims. In that case two sailors stranded in a lifeboat were prosecuted for killing and eating a third. They offered a defense based on the necessity of their action to save their own lives. The court held that this defense was unavailable to the sailors, even though "if the men had not fed upon the body of the boy they would probably not have survived to be . . . rescued," and "the boy, being in a much weaker condition, was likely to have died before them." Moreover, the Dudley and Stephens court expressly noted its disagreement with the Holmes court's holding that the homicide would have been justified if the victim had been chosen by lot. Instead of a right to preserve their lives, the court reasoned that both morality and the law imposed a duty on Dudley and Stephens to accept their own deaths. Their innocent victim's right not to be killed against his will trumped their scheme to maximize the survival rate of the group as a whole. My purpose in describing these cases is not to argue the merits of the holdings of either court. I cite them merely to illustrate the special weight that rights-based claims generally are presumed to possess when they conflict with utilitarian considerations. This 'trumping' effect may be absolute, as it was deemed to be by the Dudley and Stephens court. But the Holmes case illustrates that rights-based claims can be accorded special deference without treating them as absolute trumps." HARVEY, Philip. **Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously**. Columbia human rights law review, [S. l.], v. 33, p. 363-471, 2001. p. 427-428.

³⁰³ HARVEY, Philip. **Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously**. Columbia human rights law review, [S. l.], v. 33, p. 363-471, 2001. p. 426-427.

De acordo com esta visão, as políticas que infringem os direitos humanos podem até mesmo ser justificadas, mas requerem uma justificção utilitarista de maior força, por serem consideradas mais aceitáveis do que as políticas que não infringem esses direitos. Em outras palavras, enquanto uma análise de custo-benefício utilitária pode justificar a não violação de políticas públicas sempre que o saldo for ligeiramente positivo, isso não é suficiente para justificar uma política que infrinja os direitos básicos. Da mesma forma, uma reivindicação legítima baseada em direitos que não exige um sacrifício de utilidade agregada (ou conflito com alguma outra meta de política pública legítima) pode ser devida deferência absoluta, mas onde existe um conflito com objetivos de maximização de utilidade, algum comprometimento do direito pode ser necessário. As reivindicações de direitos humanos, por seu turno, têm destaque precisamente porque declaram que certas ações podem ser impróprias, mesmo que essas ações sejam apoiadas pela maioria da população, mesmo que as ações em questão aumentem a utilidade total da população como um todo. No entanto, não é necessário assumir a posição de que todas as reivindicações baseadas em direitos humanos devem sempre triunfar sobre os objetivos conflitantes de maximização da utilidade, na medida que deve ser possível honrar objetivos múltiplos na tomada de decisões de políticas públicas.³⁰⁴

Apesar de existirem vantagens em basear as escolhas de políticas públicas apenas na maximização da utilidade - pois amparadas em método científico - pelo menos em princípio, não pode ser desconsiderado que nem todos os efeitos geradores de utilidade das políticas possam ser medidos, de modo que não se detém técnica aritmética para comparar os resultados obtidos. Assim, mesmo se existente a possibilidade de tomada de decisão científica, baseada em políticas utilitárias e, em tese, neutras, esta não é uma razão forte suficiente para serem adotadas como regra. Assim como o bem-estar humano é multidimensional, também o são os propósitos que as comunidades humanas buscam, que podem ter um denominador comum, mas não há razão para acreditar que todos tenham.³⁰⁵

A análise econômica baseada na preocupação com a maximização da utilidade desempenha um papel crucial nesta análise, mas esse papel também deve ser equilibrado por uma apreciação da importância das preocupações baseadas nos direitos. Uma boa política

³⁰⁴ HARVEY, Philip. **Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously**. Columbia human rights law review, [S. l.], v. 33, p. 363-471, 2001. p. 428.

³⁰⁵ HARVEY, Philip. **Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously**. Columbia human rights law review, [S. l.], v. 33, p. 363-471, 2001. p. 429.

pública deve honrar esses dois objetivos normativos, o que significa que os economistas devem aprender a levar a sério as reivindicações de direitos humanos - particularmente as de direitos humanos econômicos e sociais - assim como os teóricos do direito aprenderam a levar a sério a teoria econômica.³⁰⁶ Ao avaliar a força da maximização da utilidade e dos interesses baseados em direitos que conflitam nesta área de política pública, é importante lembrar que não se busca um denominador comum capaz de medir todos os benefícios e danos usando uma única métrica. Em vez disso, o objetivo deve ser medir os interesses em questão de maneira que seja possível avaliar melhor a sua respectiva importância e as compensações que existem entre eles.³⁰⁷

Da crítica feita acima, denota-se que o autor defende uma análise consequentialista nas políticas públicas baseando-se sua análise nos julgados envolvendo o direito de *Holmes e Dudley and Stephens* em casos de naufrágio, ou seja, realiza uma ponderação entre a utilidade de violar o direito à vida para se garantir o próprio direito à vida, tratando-se de uma ponderação entre dois valores intangíveis até o ponto que os agentes passam a considerar as chances subjetivas de sobrevivência.

Portanto, com apoio nas conclusões de Philip Harvey e transportando-as para questão da regulação de políticas públicas voltadas à proteção de direitos humanos, pode-se argumentar a sua intangibilidade material, de modo que os conflitos envolvendo direitos humanos são passíveis ponderações de utilidade agregada maximizadora apenas quando se encontram/relacionam com outros direitos humanos de mesma envergadura (ponderação forte), permitindo-se uma contemporização³⁰⁸ entre estes para que as políticas públicas possam lhe maximizar a sua fruição, tendo em vista que uma boa política pública deve ser capaz de honrar dois objetivos normativos - econômicos e sociais - e, assim, atingir o desenvolvimento sustentável.

Nada obstante, em uma relação de direitos privados com implicação em direitos fundamentais, na defesa de sua proteção, quando um indivíduo opõe um direito fundamental ao

³⁰⁶ HARVEY, Philip. **Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously**. Columbia human rights law review, [S. l.], v. 33, p. 363-471, 2001. p. 371.

³⁰⁷ HARVEY, Philip. **Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously**. Columbia human rights law review, [S. l.], v. 33, p. 363-471, 2001. p. 430.

³⁰⁸ “[...] quando se toma consciência que dos dois lados do conflito entre particulares se invocam ou se podem invocar direitos fundamentais, ambos apoiados em normas constitucionais, a solução de ser tão simples, mas ainda assim, a resposta que assomará numa primeira vista será a de que, nessas situações, se a Constituição não resolve especificamente o conflito, então se deve dar prevalência ao direito mais forte, ao interesse que pela sua importância constitucional deva prevalecer.” NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do défice**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 20.

Estado está a opor-lhe uma garantia forte, um trunfo, que o Estado só pode responder com uma justificação suficientemente poderosa, quase compulsiva. O direito humano fundamental só cede se o Estado for capaz de encontrar uma justificativa de peso indiscutível. Por seu turno, num conflito entre um direito fundamental e o princípio da autonomia privada, a prevalência se encontra nos direitos humanos fundamentais que representam garantias jurídico-constitucionais da autonomia pessoal e da liberdade individual, competindo ao Estado proteger aqueles que se encontrem em uma relação assimétrica e que, por suas próprias forças, pelo exercício das liberdades individuais, não disponham de condições para um livre desenvolvimento da personalidade e para uma conformação autônoma dos próprios planos de vida.³⁰⁹ Por este motivo, relativamente às violações de direitos humanos por empresas, o mesmo raciocínio não pode ser aplicado, pois a tomada de decisão é orientada por finalidades econômicas, decorrentes da ausência de regulação, onde se alia ganhos competitivos às custas de direitos inalienáveis não só para as vítimas, como também para toda a coletividade.

2.6.2 Disposições constitucionais conformadoras que envolvem direitos humanos e a atividade empresarial

Nos países de tradição continental, o pós segunda guerra mundial levou as Constituições a assumirem uma condição diferenciada, os textos que outrora garantiam liberdades, com mecanismos de contenção de poder e organização do Estado, foram substituídos por Constituições que, além da função de equilíbrio do poder e liberdade, passaram a assumir normas prescritivas de condutas, valores e políticas, por meio de princípios normativos (fundamentais), em sentido emancipatório de realização das prerrogativas inerentes aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.³¹⁰ A concepção do direito, inserido o norte fundamental tido pelos direitos humanos fundamentais, está atrelada ao cumprimento de uma

³⁰⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do défice**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 155-160.

³¹⁰ [...]. assim como a dignidade humana ganhou representatividade e importância no cenário constitucional e internacional, portanto, numa perspectiva tanto quantitativa quanto qualitativa, também se verificou, no plano da literatura (e não apenas no campo do Direito) e da jurisprudência, uma crescente tendência no sentido de enfatizar a existência de uma íntima, e por assim dizer, indissociável ligação entre dignidade da pessoa humana e os direitos humanos fundamentais reconhecidos e protegidos na esfera do direito internacional e do direito constitucional, muito embora não exista – precisamente em virtude do relativamente recente reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor de matriz constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 261-262.

função emancipatória, comprometida com promover uma melhoria na realidade complexa de onde surge e para qual retorna a fim de melhorá-la. Assim, as Constituições do pós-guerra se transformaram em instrumentos de emancipação e transformação para uma sociedade livre, justa e solidária.³¹¹

No Brasil, a Constituição de 1988, em seu art. 1º, III, consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo este o sentido, a finalidade e a justificação do próprio Estado, bem como do exercício do poder estatal, ou seja, o Estado existe em função da pessoa humana. Este princípio fundante que representa o próprio objetivo (finalidade) da sociedade, deve servir como norte ao intérprete, lhe cumprindo assegurar a necessária formação normativa. O referido dispositivo constitucional não contém apenas uma declaração de conteúdo ético, pois representa uma norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material. Como tal, possui valor jurídico fundamental para toda a comunidade, sendo um valor guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica, reconhecido como um princípio constitucional de maior hierarquia axiológica³¹², com o qual se pretende atingir o objetivo da República que é de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF³¹³).

Em atenção ao status jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional, com a condição de valor, princípio e/ou regra, deve-se destacar que, em uma primeira perspectiva, seu fundamento consiste em uma espécie de valor-fonte e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País. Na dimensão jurídica, depreende-se que esta não foi inserida no rol de princípios da Constituição, mas sim, posicionada no título I, dos fundamentos, portanto, a dignidade da pessoa humana assume a condição de princípio (e valor) fundamental, um caráter de dúplice condição (regra e princípio), permitindo-se deduzir posições subjetivas fundamentais e deveres, ainda que não expressamente positivados.³¹⁴

³¹¹ PILLA, Maria Cecília Barreto Amorim; ROSSI, Amélia Sampaio. **Constituição de 1988: o avanço dos Direitos Humanos Fundamentais**. Estudos Ibero-Americanos, Porto Alegre, v. 44, n. 2, p. 273-284, maio-ago. 2018. p. 275. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/iberoamericana/article/view/28662/17112>; Acesso em: 06 out. 2020.

³¹² Por todos. SARLET, Ingo Wolfgang. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 126-127.

³¹³ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

³¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 263-264.

Destarte, em virtude das diversas dimensões da dignidade da pessoa humana, torna-se impossível conceber uma fórmula abstrata e genérica sobre seu conteúdo, de modo que a dignidade da pessoa humana deve ser considerada como qualidade intrínseca e distintivamente reconhecida em cada ser humano que lhe faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, envolvendo, assim, “um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.³¹⁵

A dupla dimensão negativa (defensiva) e positiva (prestacional) da dignidade da pessoa humana, atua simultaneamente como limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, de todos e de cada um. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, como também o fato de que a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças, sejam tais atos oriundos do Estado, sejam provenientes de atores privados.³¹⁶ Isto porque, a dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possíveis atuações próprias de cada homem; de outro lado, a autodeterminação que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza.³¹⁷

É desta maneira que o Estado Constitucional estabelece seus eixos estruturantes, a partir desta íntima e indissociável vinculação entre a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e fundamentais e a própria Democracia, constituindo os esteios nos quais se assenta o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos.³¹⁸ Sob a égide do

³¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed.: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003. p. 60.

³¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 127.

³¹⁷ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid/España: Editorial Tecnos, 2017, p. 318.

³¹⁸ SARLET, Ingo Sarlet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 262.

princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, que a Constituição acolhe uma extensa gama de direitos fundamentais, de defesa da liberdade, dentre estes, direitos prestacionais que se reconhecem como direitos sociais, econômicos e culturais e direitos difusos, como a proteção ambiental. Também se registra, para o escopo deste trabalho, a previsão de proteção dos direitos dos consumidores (art. 5º, XXXII) e dos trabalhadores (art. 7º), todos estes, inclusive os prestacionais/sociais, com aplicação direta e imediata, inclusive, autorizando o sujeito a reivindicá-los perante o Poder Judiciário.³¹⁹

A solidariedade prende-se à ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social. É a transposição, no plano da sociedade política, da *obligatio in solidum* do direito privado romano. O fundamento ético desse princípio encontra-se na ideia de justiça distributiva, entendida como a necessária compensação de bens e vantagens entre as classes sociais, como a socialização dos riscos normais da existência humana.

Com base no princípio da solidariedade, passaram a ser reconhecidos como direitos humanos os chamados direitos sociais, que se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente.

Os direitos sociais englobam, de um lado, o direito ao trabalho e os diferentes direitos do trabalhador assalariado; de outro lado, o direito à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), o direito à educação; e, de modo geral, como se diz no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (art. 11), “o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a melhoria contínua de suas condições de vida”.

É também com fundamento na solidariedade que, em vários sistemas jurídicos contemporâneos, consagra-se o dever fundamental de se dar à propriedade privada uma função social³²⁰.

A conexão da dignidade da pessoa humana com os direitos sociais é intrínseca, “os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa humana, de todas as pessoas. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projectados em instituições, remontam também a ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas”.³²¹ Assim, pelos direitos sociais, haverá o encontro do homem com a sua autodeterminação, sua liberdade, que reside não no significado de se ter uma permissão jurídica (de acordo com as leis postas pela própria sociedade), mas sim de agir como

³¹⁹ PILLA, Maria Cecília Barreto Amorim; ROSSI, Amélia Sampaio. **Constituição de 1988: o avanço dos Direitos Humanos Fundamentais**. Estudos Ibero-Americanos, Porto Alegre, v. 44, n. 2, p. 273-284, maio-ago. 2018. p. 279. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/iberoamericana/article/view/28662/17112>. Acesso em: 06 out. 2020.

³²⁰ COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 78-79.

³²¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1988.. p. 167-168.

lhe for mais conveniente. Esta é a denominada liberdade positiva descrita por Norberto Bobbio, que “entende-se – na linguagem política – [como] a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer dos outros. Essa forma de liberdade também é chamada de *autodeterminação* ou, ainda mais apropriadamente, de autonomia”.³²²

O sujeito destes direitos também pode ser denominado cidadão, o qual só teria sua cidadania completa se fruir além dos direitos civis (vida, liberdade, propriedade, igualdade) e políticos (voto e direitos políticos), dos direitos sociais, como direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde.³²³ A partir de Hannah Arendt, a cidadania se consagra com o direito a ter direitos, de modo que um indivíduo pertença a uma determinada ordem jurídica que lhe garanta a posição de sujeito de direitos³²⁴, sem a qual perde as suas qualidades substanciais, deixando de ser tratado como um semelhante.³²⁵ Assim, a realização plena da cidadania só acontecerá com o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, nacional e internacionalmente reconhecidos.³²⁶

Por isto, uma das mais importantes consequências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais consiste no reconhecimento de sua eficácia irradiante. Referida dimensão significa que os valores que lastreiam os direitos humanos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o judiciário. Esta eficácia irradiante enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas suas normas sejam, no momento

³²² BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 51.

³²³ PINSKI, Jaime. Introdução. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla B. (Org.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2014. p. 9.

³²⁴ “O homem do século XVIII se emancipou da história. A história e a natureza tornaram-se ambas, alheias a nós, no sentido de que a essência do homem já não pode ser compreendida em termos de um nem de outra. Por outro lado, a humanidade, que para o século XVIII, na terminologia kantiana, não passava de uma ideia reguladora, tornou-se hoje de fato inelutável. Esta nova situação, na qual a “humanidade” assumiu de fato um papel antes atribuído à natureza ou à história, significaria nesse contexto que o direito a ter direitos, ou o direito de cada indivíduo de pertencer à humanidade, deveria ser garantido pela própria humanidade. Nada nos assegura que isso seja possível.” ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo – Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 332.

³²⁵ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 22

³²⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 101.

de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana e da justiça social, impressas no tecido constitucional³²⁷.

A dignidade da pessoa humana e os direitos humanos fundamentais, desta forma, não constituem apenas a garantia negativa de que estes não serão objeto de ofensas ou humilhações, mas implicam também, num sentido positivo, no pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.³²⁸ Assim, no plano jurídico do seu significado enquanto princípio estruturante e fundamental da República, concebe-se que todas as normas constitucionais lhe orbitam e, também, fruem de alguma eficácia jurídica, cumprindo ao Estado a obrigação de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade da pessoa, bem como ao dever de protegê-la de atos de terceiros.³²⁹³³⁰

A aplicação da dignidade da pessoa humana tem se revelado de forma constante no Poder Judiciário, como forma de proteção às condições mínimas de vida e em demandas envolvendo direitos sociais, especialmente relacionadas ao direito à saúde, cuja conexão também se faz com a condição ao mínimo existencial. Portanto, além de atuar como limite, a dignidade da pessoa humana opera como limite aos limites dos direitos fundamentais, exercendo restrições às atividades que lhe sejam limitadoras no âmbito dos direitos fundamentais, com o objetivo de coibir eventual abuso que possa levar ao esvaziamento ou à sua supressão. A sua dinâmica de realização de normativa se infere a partir da existência de uma ofensa ao direito fundamental em espécie, seja na sua dimensão jurídico-defensiva, seja na sua perspectiva jurídico-prestativa.³³¹

Além disto, dentro da perspectiva Constitucional de vinculação e reverberação dos direitos humanos fundamentais, denota-se sua força expansiva para todas as relações, inclusive

³²⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 279

³²⁸ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid/España: Editorial Tecnos, 2017. p. 318.

³²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed.: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003. p. 107.

³³⁰ Adverte-se, nada obstante, que existe a possibilidade de se estabelecerem restrições aos direitos e garantias fundamentais, desde que estas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana, preservando sua essência, caso contrária, se estaria renunciado à própria humanidade. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed.: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003. p. 110.

³³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 128.

aquelas de natureza privada³³², buscando insaciavelmente a conformação e conciliação entre os direitos fundamentais e os princípios basilares do direito privado, para, desta forma, dissipar as situações de desigualdade geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social, as quais não podem ser toleradas, como discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo em dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, zelando-se pelo equilíbrio entre estes valores e os princípios da autonomia e da liberdade negocial.³³³

Isto porque, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa também se encontram nos fundamentos da República, sendo princípios políticos constitucionalmente conformadores³³⁴ que representam um compromisso inafastável com a valorização do ser humano e com a legitimação do Estado, que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, que refletem a ideologia³³⁵ dominante da Constituição, enunciando o valor social do trabalho e o valor social da livre-iniciativa³³⁶, premissas materiais fundantes das políticas

³³² FACHIN, Girard Melina; PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do direito civil. *In*: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. **Diálogos sobre Direito Civil**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 199.

³³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 378-379.

³³⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 7 ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 240.

³³⁵ A desigualdade não é econômica ou tecnológica: é ideológica e política. Essa é, sem dúvida, a conclusão mais evidente da pesquisa história apresentada neste livro. Em outras palavras, o mercado e a concorrência, o lucro e o salário, o capital e a dívida, os trabalhadores qualificados e não qualificados, os nacionais e os estrangeiros, os paraísos fiscais e a competitividade não existem como tais. São construções sociais e históricas que dependem inteiramente do sistema jurídico, tributário, educacional e político que se escolhe instituir e das categorias que se opta por criar. Essas escolhas remetem, antes de mais nada, às representações que cada sociedade tem da justiça social e da economia justa e das relações de força político-ideológica. Em outros termos, ideias e ideologias contam na história. Elas permitem permanentemente imaginar e estruturar mundos novos e sociedades diferentes. PIKETTY, Thomas. **Capital e Ideologia**. Tradução de Maria de Fátima Oliva do Coutto, Dorothée de Bruchard. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020. p. 16-17.

³³⁶ Ao Estado Social corresponde igualmente um determinado modelo jurídico e uma ideologia. Os traços essenciais do modelo jurídico em causa são o esbatimento da distinção entre o público e o privado, a funcionalização crescente da autonomia privada à vontade dos poderes públicos bem como o papel positivo da norma jurídica na conformação da vida econômica e social. A ideologia correspondente é solidarista. A intervenção do Estado transborda dos serviços públicos tradicionais produtos de utilidades colectivas destinadas a satisfazer necessidades essenciais. Vai mais longe a abrange sectores não apenas sociais, mas também económicos e que foi ocasionalmente secundada, por vezes, por uma atitude contrária ao capitalismo privado e apostada numa alteração revolucionária das relações de produção. MONCADA, Luiz S. Cabral de. **Direito Económico**. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2018. p. 29.

públicas em um Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais.³³⁷

Assim, a atividade do empresário ou do trabalhador, somente encontrará guarida se for exercida pelo que ela possa conter de socialmente justo, sobretudo em razão da inexorável relação com o art. 170, que elenca os princípios fundamentais da ordem econômica, incluindo-se a valorização do trabalho humano, ao lado da existência digna, função social da propriedade, busca do pleno emprego, redução das desigualdades e justiça social.³³⁸ Todas sendo permeadas pela dignidade da pessoa humana, princípio essencial e valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento jurídico. É por meio do trabalho que o homem atingirá sua plenitude (material, moral e espiritual), sendo mecanismo fundamental para conter a exclusão social e, ao ter a sua valorização elevada ao patamar constitucional, determina que o desenvolvimento seja orientado para combater os abusos cometidos e, desta forma, permitir a construção de uma sociedade mais justa e fraterna.³³⁹

Os valores sociais da livre-iniciativa, conteúdo essencialmente principiológico, tem sua eficácia jurídica, negativa e interpretativa, para permitir que se postule a invalidade de atos e normas que lhe violem, bem como para que, dentre sentidos possíveis de normas existentes no sistema, sejam aplicadas aquelas que realizem de forma mais abrangente o estado de coisas pretendido pelo dispositivo. O destinatário do comando é o Poder Público, que se vincula positiva e negativamente a ele, em qualquer nível de poder e no exercício de todas as suas

³³⁷ “A Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais.” [...]. “acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2a. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, prefácio.

³³⁸ [...]. justiça social é expressão que, no contexto constitucional, não designa meramente uma espécie de justiça, porém um seu dado ideológico. O termo “social” não é adjetivo que qualifique uma forma ou modalidade de justiça, mas que nela se compõe como substantivo que a integra. [...] Justiça social, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, em nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista. GRAU, Eros Roberto. in CANOTILHO, J.J. Gomes. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1886.

³³⁹ BRANDÃO, Claudio Mascarenhas. In: CANOTILHO, J.J. Gomes. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 131-132.

funções; No entanto, tendo em vista que a Constituição não conforma apenas o Poder Público, mas também a sociedade, deve-se estender sua eficácia aos particulares.³⁴⁰³⁴¹

Assim é que, e.g., a utilização de mão de obra escrava ou em condições equiparadas à servidão é evidentemente inconstitucional, não apenas por contrastar de maneira frontal a determinação do art. 170 – valorização do trabalho humano –, como também por desconsiderar o valor social deste último – violando o art. 1º, IV –, na medida em que restringe os benefícios do trabalho à pessoa do “empregador”, prejudicando o trabalhador, sua família, e até mesmo a economia nacional.³⁴²

A inclusão deste dispositivo no fundamento do Estado brasileiro tem por objetivo tutelar a indústria humana, independentemente da forma que ela possa tomar, não se esgotando em si mesmas, pois o Estado brasileiro visa não apenas o trabalho humano ou a livre iniciativa, mas os valores sociais de ambos. A consequência desta leitura conjugada de valores é que a interpretação não poderá ser extraída isoladamente, do valor social do trabalho ou da livre-iniciativa, havendo inter-relação entre os dois valores, ou seja, a liberdade de iniciativa como uma forma de valorizar o trabalho humano, permitindo seu livre desenvolvimento, que só é exercida legitimamente se der ao trabalho o seu devido valor; Assim, o fundamento da República, contido nestes dois valores inter-relacionados, repercute socialmente através deles, mesmo quando exercidos na iniciativa privada, gerando benefícios não apenas para os titulares, mas para toda a coletividade, impulsionando a economia e viabilizando o desenvolvimento socioeconômico local e nacional.³⁴³

Na Constituição, o art. 170, *caput*, é o local onde se encontram as disposições que, no seu conjunto, institucionalizam a ordem econômica (*mundo do ser*), que funda-se na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, irradiados pelos princípios da função social da propriedade (inciso III), da livre concorrência (inciso IV), da busca do pleno emprego (inciso VIII), entre outros, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os

³⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. In: J.J. Gomes. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 136.

³⁴¹ Para o STF, o art. 1º da Constituição informa um plano de ação normativo não só para o Estado, mas também para a sociedade (STF, ADI 3.512-6/ES, rel. Min. Eros Grau, 23, jun. 2006). Em mesmo sentido, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, reconhece que “o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente pacto”.

³⁴² BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. In: J.J. Gomes. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 136.

³⁴³ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. In: J.J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 137. No mesmo sentido, SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39.

ditames da justiça social. A valorização do trabalho humano e o reconhecimento do valor social do trabalho consubstanciam cláusulas principiológicas que ao par de afirmarem compatibilização, portam potencialidades transformadoras.³⁴⁴

O direito não descreve situações ou fatos senão para a eles atribuir consequências jurídicas. De modo que aqui se deve prontamente explicitar que o texto do artigo 170 não afirma que a ordem econômica *está* fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa e *tem* por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, senão que ela *deve estar* – vale dizer, *tem de necessariamente estar* – fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, e *deve ter* – vale dizer – *tem de necessariamente ter* – por fim assegurar a todos existência digna. A perfeita compreensão dessa obviedade é essencial, na medida em que informará qualquer prática econômica (mundo do ser) incompatível com a valorização do trabalho humano e com a livre-iniciativa, ou que conflite com a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, será adversa à ordem constitucional. [...]. Afirme-se vigorosamente serem constitucionalmente inadmissíveis quaisquer condutas adversas ao disposto no artigo 170 da Constituição.³⁴⁵

A dignidade da pessoa humana, portanto, é adotada pelo texto constitucional concomitantemente como fundamento da República (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (*mundo do ser*, art. 170, caput)³⁴⁶. Ela fundamenta e confere unidade não apenas aos direitos fundamentais – direitos individuais, sociais e econômicos – mas à organização econômica, sendo – a dignidade da pessoa humana – não apenas o fundamento da República, como também o fim ao qual se deve voltar a ordem econômica³⁴⁷ – *deve ser* dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar, empenhando tanto o setor público quanto o setor privado. Deste modo, o exercício de qualquer parcela da atividade

³⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. In: J.J. Gomes. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1882-1883.

³⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. In: J.J. Gomes. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1882-1883.

³⁴⁶ No mesmo sentido: “O art. 170 é, como já comentado, uma norma programática, por meio da qual o constituinte indicou os princípios a serem observados pelos poderes do Estado e, por que não dizer, pela sociedade como um todo, cujos programas das suas atividades buscam a consecução dos fins sociais almejados pelo Estado. BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 164-165.

³⁴⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. CLARK, Giovanni. **Direito econômico e a ação estatal na pós-modernidade**. São Paulo: LTr, 2011. p. 58.

econômica de modo não adequado à sua promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição.³⁴⁸

A permeabilidade dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas se alude à constitucionalização do direito civil, ramo este que alberga os negócios empresariais, os quais, mesmo gozando de uma dinâmica própria, ainda assim, se encontram sob o manto das normas gerais do direito e princípios fundamentais da Constituição, em que pese parte minoritária da doutrina resista à vinculação por entender que esta poderia aniquilar a autonomia privada³⁴⁹, perdendo sua identidade, autonomia e função³⁵⁰, de modo que os direitos fundamentais vinculariam apenas os poderes públicos e não os particulares.

O registro de posições contrárias à vinculação direta dos particulares aos direitos humanos fundamentais é necessário na medida em que estas se contrapõem à superação do

³⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. 17. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 197. No mesmo sentido: “2.1. A vinculatividade jurídica absoluta do comando constitucional da dignidade da pessoa humana. a) O princípio da dignidade da pessoa humana, só pela qualidade de princípio constitucional estruturante, portanto, só pela sua qualidade de princípio que vincula diretamente toda a actuação dos poderes públicos, já deveria ser considerado como princípio absoluto, ou seja, princípio que vincula sempre, que não cede perante a pretensa maior força de outros princípios, valores ou interesses. Nessa qualidade, o princípio da dignidade da pessoa humana em nada difere de princípios constitucionais estruturantes como, entre outros, os princípios da igualdade ou da proporcionalidade. De facto, se, por exemplo, o Estado não respeita as exigências do princípio da igualdade ou se os poderes públicos actuam desproporcionadamente, há sempre em consequência, respectivamente, violação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade e, por esse facto, há inconstitucionalidade. [...]. b) a mesma coisa deve valer, naturalmente, para o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e, se quisermos, numa linguagem menos rigorosa, deveria ser assim por maioria de razão. Desde logo, deveria sê-lo, simplesmente, porque também o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional estruturante, mas também porque é, para além disso, um princípio constituinte. E reveste essa qualidade singular quer porque a Constituição de Estado e de Direito só se legitima se toda a ordem constitucional assentar na dignidade da pessoa humana, enquanto princípio supremo e fundacional de todo o edifício do Estado – seja assunção expressa ou implicitamente reconhecida -, quer porque nesse sentido, os dois outros princípios constitucionais referidos, a igualdade a proporcionalidade, tal como os restantes princípios estruturantes de Estado de Direito, devem a sua existência a exigências de dignidade da pessoa humana. [...]. Portanto, e além de tudo o mais, não faria simplesmente sentido que um princípio com essa natureza pudesse ceder perante outros valores, princípios ou interesses. Um Estado de Direito que, à partida, proclamasse que, em determinadas circunstâncias concretas, não respeitaria a dignidade da pessoa humana, a faria ceder perante outros valores, seria uma contradição nos termos, uma impossibilidade lógica, na medida em que um Estado de Direito assenta a dignidade da pessoa humana. [...]. Como sustentamos, a dignidade da pessoa humana, enquanto base em que assenta o Estado de Direito, tem um valor absoluto, isto é, o conteúdo da dignidade da pessoa humana continua a não ser ponderável com outros valores, permanece insusceptível de ceder perante outros bens [...]”. NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. Volume II, Dignidade e inconstitucionalidade. 2 ed.. Coimbra: Almedina, 2018. p. 174-178.

³⁴⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid: Debate, 1990. p. 208.

³⁵⁰ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: 2004. p. 36

Estado liberal, tornando-se cada vez mais difícil aceitar que um interesse particular seja completamente autônomo e isolado do interesse público.³⁵¹

Outrossim, discute-se a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, especialmente às empresas, por inexistir menção expressa da Constituição³⁵², bem como se deverá ocorrer de forma direta (imediate), indireta (mediata)³⁵³. Nada obstante, sem ignorar tais vertentes teóricas e a inclinação majoritária da doutrina por uma aplicação direta³⁵⁴, não se

³⁵¹ PERLINGEIRI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 53. No mesmo sentido: Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os Poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas, como dão conta, entre outros, os exemplos dos deveres de proteção na esfera das relações de trabalho e a proteção dos consumidores. Em tais domínios, manifestam-se, com particular agudeza (como, de resto, em outros casos onde está em causa a tutela de pessoas e grupos socialmente fragilizados e mais vulneráveis mesmo na esfera das relações privadas) tanto as questões ligadas aos deveres de proteção dos órgãos estatais e a sua vinculação às normas constitucionais, quanto a questão da eficácia dos direitos fundamentais em relação aos atores privados propriamente ditos. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed.: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003. p. 395-396.

³⁵² SARLET, INGO WOLFGANG. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 374.

³⁵³ Entre quienes aceptan la eficacia ante terceros de los derechos fundamentales se há suscitado la controversia sobre si la misma es: inmediata (unmittelbare), lo que implica la exigência de que los particulares de forma directa y necessária se sometan al sistema constitucional de derechos y libertades; o mediata (mittelbare), que requiere la previa actuación de los poderes públicos al cumplir el mandato constitucional de configurar la situación jurídica de los particulares de acuerdo com los derechos fundamentales. Entre esas actuaciones de los poderes públicos tiene especial relevancia, a efectos de esta exposición, la necesidad de los tribunales de interpretar todas las normas de acuerdo com la Constitución u los derechos fundamentales en ella enunciados. De forma que, em la República Federal de Alemania, a través del control de las decisiones judiciales, el Tribunal Constitucional há obligado a conformar según los derechos fundamentales constitucionales las relaciones entre personas privadas. LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid/España: Editorial Tecnos, 2017. p. 317.

³⁵⁴ Cf. por todos SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed.: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003. p. 400;

desconsidera o fato de inexistirem soluções uniformes³⁵⁵, concordando-se com Ingo Wolfgang Sarlet sobre o fato de que independentemente do modo de vinculação, o que importa é observar que as relações encontrem-se pautadas por um contínuo fluir, de tal modo que ao se aplicar a norma de direito privado, também está se aplicando a Constituição, tratando-se, por fim, de buscar a conciliação entre os direitos fundamentais com os princípios basilares do direito privado³⁵⁶.

É difícil a delimitação de fronteiras para se estabelecer a presença do poder privado, condição para atrair a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre os particulares, podendo se encontrar uma fórmula no critério da desigualdade ou da assimetria fática como exigência de que na relação concreta se verifique, igualmente, o abuso da posição dominante, onde a disparidade substancial de uma dada relação revele respectivamente um abuso³⁵⁷, que pode ser direto ou indireto.

A forma de vinculação dos destinatários na esfera interprivada ocorre (i) naquelas relações manifestamente desiguais que se estabelecem entre o indivíduo e os detentores de poder social ou (ii) nas relações entre os particulares em geral, caracterizadas por virtual igualdade (por exemplo, típica da relação interempresarial), pois situadas a margem das relações de poder. Na hipótese de relações desiguais, entende-se a possibilidade de os direitos fundamentais se transportarem diretamente para a relação privada, com eficácia direta e vinculante. Por sua vez, em situações de relativa igualdade, a regra é prevalecer o princípio da liberdade, reservando-se à eficácia direta apenas para os casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de indevida ingerência na esfera da sua intimidade

³⁵⁵ “[...] A eficácia direta ou indireta apenas pode ser aferida a luz do caso concreto, dependendo, em princípio, da existência de uma norma de direito privado e da forma como esta dispõe sobre as relações entre os particulares, destacando-se as seguintes hipóteses: a) poder-se-á sustentar que a concretização de determinadas normas de direitos fundamentais por intermédio do legislador ordinário leva a uma aplicação indireta da Constituição na esfera das relações privadas, no sentido de uma aplicação mediada pelo legislador, que, na edição das normas de direito privado, deve cumprir e aplicar os preceitos relativos aos direitos fundamentais; b) uma aplicação indireta da Constituição também se verifica quando o legislador ordinário estabeleceu cláusulas gerais e conceitos indeterminados que devem ser preenchidos pelos valores constitucionais, de modo especial os contidos nas normas de direitos fundamentais. Por derradeiro, estar-se-á em face de uma aplicação direta da Constituição quando inexistir lei ordinária concretizadora, não houver cláusulas gerais ou conceitos indeterminados aplicáveis à espécie ou mesmo quando o seu campo de aplicação for mais restrito do que o das normas constitucionais”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed.: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003. p. 398.

³⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed.: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003. p. 397-398.

³⁵⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do défice**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 138-139.

pessoal, servindo como barreira à autonomia privada, assumindo a condição de limite material à renúncia e autolimitação de direitos fundamentais. Assim, nas relações de igualdade entre particulares vigora uma eficácia mediata (indireta) dos direitos fundamentais, de modo que as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, que possuem função conformadora do direito.³⁵⁸³⁵⁹

Um caso paradigmático no Supremo Tribunal Federal, tratou da expulsão de um sócio de entidade privada (União Brasileira de Compositores) sem a observância da ampla defesa e do contraditório. Com anteparo na aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, a Corte posicionou-se pela aplicabilidade direta (imediata), pois (i) os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados; (ii) a autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional; (iii) as associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal, sendo que o caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.³⁶⁰

Desta forma, reconhecendo a dignidade da pessoa humana como verdadeiro fim da ordem econômica constitucional, se possibilita a implementação de uma democracia econômica³⁶¹, que começa pela ética dos resultados e consiste em inserir nos processos decisórios diversos interesses, e particularmente os que são possíveis de serem prejudicados. A

³⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed.: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003. p. 399.

³⁵⁹ Exemplos envolvendo a violação de direitos humanos em atividade empresarial foi analisada no caso do “arremesso de anão”, ocorrido na França. Neste caso, em que pese tenha sido celebrado um contrato de prestação de serviços considerado vantajoso para ambas as partes (a casa de eventos que obteve mais público e o anão que obteve mais recursos financeiros), seu objeto foi considerado abusivo por violar a função social do contrato em razão do abuso da dignidade da pessoa humana. TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações privadas. *In: Temas de Direito Civil*. 4. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 66-68.

³⁶⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 201.819**, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP00821.

³⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 15 e ss.

democracia econômica se manifesta na qualidade da inserção no processo produtivo, no acesso equilibrado aos resultados do esforço, e no acesso à informação que assegure o direito às opções ao invés de se avaliar apenas o produto que foi gerado (output), a riqueza ou pobreza como resultado do processo produtivo. É necessário, como dito, avaliar a qualidade destes processos produtivos em termos de satisfação gerada para quem dele participa (outcome)³⁶² e as externalidades positivas para a coletividade. Além disto, verifica-se que as normas de direito privado, dentre estas aquelas de defesa da livre concorrência, se orientam pelos vetores axiológicos da Constituição Federal e, mais ainda, os direitos fundamentais vinculam-se de forma direta aos particulares, sobretudo naquelas relações privadas onde exista desigualdade entre o indivíduo e os detentores de poder social, mormente em relações de cunho empresarial, sendo que a inobservância poderá ensejar a reparação judicial.³⁶³

Portanto, disposto o liame jurídico que envolve os direitos humanos e a atividade empresarial na Constituição, deve-se reconhecer que a dignidade implica não apenas que a pessoa não possa ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e/ou de terceiros, como também o fato de que a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças, sejam oriundos do Estado ou provenientes de atores privados³⁶⁴, de modo que estas diretrizes devem produzir efeitos em toda a cadeia produtiva, razão pela qual pode e deve ser objeto de regulação.

2.6.3 A (insuficiente) legislação brasileira em matéria de direitos humanos e empresas e a análise comparada da lei francesa “*duty of vigilance*”

³⁶² DOWBOR, Ladislau. **Democracia econômica: alternativas de gestão social**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. p. 234-236

³⁶³ Registra-se a posição paradigma do Tribunal Espanhol analisada por LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid/España: Editorial Tecnos, 2017: “(...) No obstante, reconoce, a continuación, que la violación de dicha libertad por un centro docente privado, en cuanto constituya una lesión a un derecho fundamental, puede dar lugar a un juicio de amparo. [STC de 13 de febrero de 1981, en BJC, 1981, n.1, p. 35]. En su voto particular los magistrado disidentes muestran, por su parte, una actitud favorable a la plena eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito privado. En fallos sucesivos el Tribunal Constitucional ha tendido a reconocer la *Drittwirkung* [eficácia entre particulares] en relación con el ejercicio del derecho de huelga, en relación con el derecho de reunión de los trabajadores dentro del centro de trabajo, y respect del recho de sindicación frente a las empresas.

³⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *In: CANOTILHO, J.J. Gomes. et al. Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 126- 127

O Brasil se aproxima da posição de garantir a implementação dos princípios internamente por meio da criação de um plano nacional de forma gradativamente lenta. Contudo, ao se analisar as disposições legais existentes no direito brasileiro para investigar, punir e remediar as violações de direitos humanos por empresas no território nacional, identifica-se pela regra geral, que estas podem ser responsabilizadas por vias cíveis, criminais e administrativas.³⁶⁵

Especificamente em matéria de direito humanos, o decreto n. 9.571, de 21 de novembro de 2018, estabeleceu as diretrizes nacionais sobre os Direitos Humanos a serem implementadas de forma voluntária pelas empresas. Vigente desde a data da sua publicação, em 19 dispositivos, o Decreto cria obrigações ao Estado e às empresas, sobretudo as de médio e grande porte, inclusive as multinacionais que atuam no Brasil, no sentido de proteger, promover e respeitar os Direitos Humanos.

Dentre as obrigações das empresas, destacam-se a divulgação interna de instrumentos internacionais de responsabilidade social e de direitos humanos, a implementação de atividades educativas para seus recursos humanos e empregados, a conscientização, o treinamento, a criação de políticas e incentivos para que seus parceiros comerciais respeitem os direitos humanos, o estímulo de fornecedores e terceiros a um convívio inclusivo e favorável à diversidade.

Da simples leitura do texto legal, logo se denota a fragilidade de suas disposições e potencial para mudar o comportamento dos agentes econômicos, sendo referenciado como uma “normativa branda” e insuficiente para fazer face ao grave fenômeno das violações aos direitos

³⁶⁵ “Em matéria cível, podem ser condenados por meio de ação de responsabilidade civil. Podem ter origem em atos ilícitos ou ser de natureza objetiva, em que não se analisa o ato culposos, mas apenas o seu resultado. A responsabilidade se enquadra nesta última categoria do empregador por seus empregados ou prepostos no exercício de suas atividades ou por causa deles. A Constituição Federal estabelece que as pessoas jurídicas são criminalmente responsáveis por infrações à ordem econômica e ao meio ambiente. A Lei nº 9.605/98 por sua vez, regulamenta as penas criminais (e também civis e administrativas) das ofensas ao meio ambiente. Significa, portanto, que, criminalmente, as empresas não são responsáveis por outras infrações de natureza criminal. Só é permitida a criminalização de seus dirigentes e dirigentes que cometeram possíveis crimes em nome dessas entidades. Administrativamente, a responsabilidade da pessoa coletiva pode ser aplicada mediante sanções aplicadas em processo conduzido pela autoridade administrativa competente. É nesse campo que existe a possibilidade de as partes firmarem Termos de Ajustamento de Conduta (TACs), bem como Termos de Compromisso de Rescisão (TCCs). CARDIA, Ana Cláudia Ruy. *Derechos humanos y empresas en Brasil: ¿Avance por medio de la tragedia?* In: RIVERA, Humberto Cantú (org.). **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. Instituto Interamericano de derechos humanos. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017. p. 222-223.

humanos no Brasil, lhe faltando força normativa para criar obrigações ou proibições que demandariam lei em sentido estrito:

[...] o Decreto insiste nesse tipo de “normatividade branda” e expressamente declara, como dito acima, que as diretrizes são voluntárias para as empresas, o que, por si só, expressa sua insuficiência para fazer face ao grave fenômeno das violações aos direitos humanos no Brasil por atos comissivos e omissivos de empresas. Em realidade, falta à figura jurídica do Decreto a força normativa para criar obrigações ou proibições, as quais, em homenagem ao princípio da legalidade, demandam lei em sentido estrito. Ademais, tampouco explicitou a esperada proibição de que o Estado e suas empresas mantenham relações comerciais, de investimento, de financiamento, diretas ou indiretas, inclusive mediante subcontratação e aquisição de bens ou serviços, com empresas ou pessoas que violem os direitos humanos.³⁶⁶

Outros apontamentos revelam a insuficiência desta normativa para o fim que se propõe, pois (i) no ponto de partida do decreto segue a lógica dos Princípios Orientadores e, como consequência imediata, as Diretrizes propostas tornam-se facultativas às empresas, o que já é, de longa data, considerado insuficiente para impor alterações comportamentais³⁶⁷ - O artigo 1º, §§ 2º e 3º dispõe que suas Diretrizes serão implementadas voluntariamente pelas empresas, sendo instituído o Selo “Empresa e Direitos Humanos”; (ii) da falta de um processo transparente ou consulta à sociedade civil e os atingidos por violações de direitos humanos cometidas por empresas, ignorando, por exemplo, o acúmulo de conhecimento do Grupo de Tribunal sobre Empresas e Direitos Humanos existente na Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e por consequência as orientações referentes aos processos de elaboração de normas de proteção de direitos humanos; (iii) o decreto também não é claro sobre a aplicação de penalidades para o descumprimento das obrigações, dispondo sobre a possibilidade de imposição de pedido público de desculpas, restituição, reabilitação, compensações econômicas ou não econômicas, sanções punitivas como multas, sanções penais ou sanções administrativas e medidas de prevenção de novos danos como liminares ou garantias de não repetição; e (iv) quanto à obrigação da adoção da devida diligência por parte das empresas, o decreto demonstra não superar o *status quo*, pois simploriamente menciona no artigo 9º, inciso VII, a participação dos interessados – pessoas físicas e comunidades - no “processo de diligência”, em clara

³⁶⁶ NETTO JUNIOR, Edmundo Antonio Dias; WEICHERT, Marlon Alberto; NUNES, Raquel Portugal. **A desconstrução do caráter vinculante das normas sobre empresas e direitos humanos: da natureza voluntária dos Princípios Ruggie à voluntariedade das diretrizes nacionais.** Homa Publica - Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas, Juiz de Fora, v. 3. Fevereiro-Julho 2019. p. 10.

³⁶⁷ HOMA – Centro de Direitos Humanos e Empresas. Reflexões sobre o Decreto 9571/2018 que estabelece Diretrizes Nacionais sobre empresas e Direitos Humanos. *In: Cadernos de Pesquisa Homa.* vol. 1, n. 7, 2018, p. 6.

contraposição com o Princípio Orientador n. 15 da ONU³⁶⁸, cujo texto prevê ser uma obrigação das empresas adotarem a *due diligence* em matéria de direitos humanos para identificar, prevenir, mitigar e prestar contas de como abordam seu impacto sobre os direitos humanos.³⁶⁹

Desta forma, o Decreto insiste nesse tipo de “normatividade branda” e expressamente declara que as diretrizes são voluntárias para as empresas, o que, por si só, expressa sua insuficiência para fazer face ao grave fenômeno das violações aos direitos humanos no Brasil por atos comissivos e omissivos de empresas. Em realidade, falta à figura jurídica do Decreto a força normativa para criar obrigações ou proibições, as quais, em homenagem ao princípio da legalidade, demandam lei em sentido estrito. Ademais, tampouco explicitou a esperada proibição de que o Estado e suas empresas mantenham relações comerciais, de investimento, de financiamento, diretas ou indiretas, inclusive mediante subcontratação e aquisição de bens ou serviços, com empresas ou pessoas que violem os direitos humanos.

Por fim, arremata-se com a conclusão de que as disposições do Decreto se confrontam com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, uma vez que no sistema jurídico brasileiro, estes devem apresentar não apenas uma eficácia vertical, na relação indivíduo com o Estado, mas também uma eficácia horizontal, efetivada no âmbito das relações privadas, de modo que, evidentemente, deva ser observado pelos atores privados.³⁷⁰

Analisando a concepção legislativa para empresas no ambiente nacional, pode-se perceber o descompasso intertemporal em relação aos modelos globalizados de investimentos que determinam o mercado e a economia do nosso tempo, onde estas se constituem em “várias camadas”, organizadas em rede, superando as “pretensões” punitivos do Estado.

A resposta se encontraria em um contra-desenho, com traços que devem conformar novos marcos normativos internacionais, acompanhando a geometria da rede e, assim, apto a impor responsabilidades efetiva.³⁷¹

CONNECTAS. Empresas e Direitos Humanos. Disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/connectas_principiosorientadores_ruggie_mar20121.pdf. Acesso em 31 mai. 2021.

³⁶⁹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Empresas transnacionais e violação de Direitos Humanos: a justiça universal como alternativa possível in. **Perspectivas latinoamericanas sobre Derechos Humanos y Empresa**. No prelo.

³⁷⁰ NETTO JUNIOR, Edmundo Antonio Dias; WEICHERT, Marlon Alberto; NUNES, Raquel Portugal. **A desconstrução do caráter vinculante das normas sobre empresas e direitos humanos: da natureza voluntária dos Princípios Ruggie à voluntariedade das diretrizes nacionais**. Homa Publica - Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas, Juiz de Fora, v. 3. Fevereiro-Julho 2019. p. 10-21.

³⁷¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Empresas transnacionais e violação de Direitos Humanos: a justiça universal como alternativa possível in. **Perspectivas latinoamericanas sobre Derechos Humanos y Empresa**. No prelo.

Os mecanismos judiciais e extrajudiciais de que dispõe o Estado Brasileiro para a proteção dos direitos humanos e do meio ambiente, mostram que as instituições, apesar de sua gravidade, não têm obtido grande sucesso na redução das violações cometidas por empresas estabelecidas no país. (i) Na esfera extrajudicial, apesar da importância do Termo de Ajustamento de Conduta, verifica-se que os valores negociados são insuficientes em relação aos danos causados. Isso põe em questão a credibilidade desses acordos; a principal crítica é que favorecem as empresas e não a sociedade. (ii) Na esfera judicial, a despeito das inúmeras ações existentes para a defesa dos interesses coletivos, o atraso no pagamento do Poder Judiciário brasileiro acaba tornando os direitos invocados esquecido ao longo do tempo, o que neutraliza a posição das empresas no cenário nacional e deixa sem garantias as indenizações devidas às pessoas atingidas.³⁷²

Do exposto, verifica-se que, apesar de previsão nacional para proteger os indivíduos de possíveis violações dos seus direitos, devido à muitas lacunas ou da burocrática ação do Poder Judiciário, se continua permitindo que graves violações de direitos humanos permaneçam impunes ou sejam punidas de forma insuficiente e desproporcional em relação ao poder econômico das pessoas jurídicas consideradas no caso.

Considera-se importantíssimo o aprimoramento de legislações nacionais que possam tornar mais eficazes os mecanismos de responsabilização de empresas por violações de Direitos Humanos. Entretanto, os Planos de Ação Nacionais, tanto os europeus, quanto os latino-americanos, analisados até agora pelo Homa, não respondem à altura deste desafio. Ao reproduzirem a sistemática dos Guiding Principles, acabam mantendo suas lacunas o que não contribui para o aprimoramento daqueles mecanismos.

As principais falhas encontradas, e que poderiam ser ressaltadas, pois se apresentam tanto nos europeus quanto latino-americanos, seriam: Dificuldades de manejar a dinâmica metodológica de encontros entre os diferentes atores, como Estado, empresas e sociedade civil; déficit democrático, ou seja, pouca participação de atingidos e atingidas por violações, além de pouca transparência sobre os processos de consultas; fraca previsão normativa em matéria de Direitos Humanos; linguagem vaga e imprecisa; expressiva valorização apenas dos princípios da OCDE; não são mencionadas medidas concretas de responsabilização, na maioria dos casos, e inexistência de um prazo claro para efetivação das existentes, além de ausência de previsão de mecanismos de extraterritorialidade, na maior parte dos Planos. Assim, um esforço nacional que inove em matéria de prevenção e responsabilização de

³⁷²CARDIA, Ana Cláudia Ruy. Derechos humanos y empresas en Brasil: ¿Avance por medio de la tragedia? *In*: RIVERA, Humberto Cantú (org.). **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. Instituto Interamericano de derechos humanos. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017. p. 225.

empresas por violações de Direitos Humanos é bem-vindo, mas desde que traga verdadeiros avanços e não retrocessos.³⁷³

A insuficiência brasileira em matéria de direitos humanos pode ser observada pelo contraste com a pioneira iniciativa francesa que busca regular a responsabilidade da empresa matriz por ato de suas subsidiárias e respectivas cadeias de produção.³⁷⁴ Para impedir violações a direitos humanos, liberdades fundamentais, saúde e segurança dos trabalhadores, da população afetada, e do meio ambiente, em 2018, entrou em vigência a Lei de Vigilância (*LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*) que coloca o ônus sobre as grandes empresas para identificar e prevenir riscos aos direitos humanos e ao meio ambiente que possam ocorrer como resultado de suas atividades comerciais, incluindo todo o processo produtivo, desde a extração da matéria prima ou fornecimento de insumos, até a entrega do produto ao consumidor final. Essas atividades podem incluir as da própria empresa matriz, de seus fornecedores ou subcontratados, de empresas que controlam. A lei, em resumo, exige que as empresas criem e implementem planos de vigilância disponíveis ao público pelos quais possam ser responsabilizadas.

Abrangendo grandes empresas de responsabilidade limitada (“sociétés anonymes”) que atendem aos seguintes critérios: (i) Empresas com sede na França que empregam 5.000 funcionários na França ou pelo menos 10.000 funcionários em todo o mundo (inclusive por meio de subsidiárias diretas e indiretas); ou (ii) Empresas estrangeiras sediadas fora da França, com subsidiárias francesas, se empregarem pelo menos 5.000 funcionários na França.³⁷⁵ As empresas no âmbito da lei são obrigadas a estabelecer, publicar e implementar um plano de vigilância anualmente. Esse plano de vigilância deve incluir:

³⁷³ HOMA – Centro de Direitos Humanos e Empresas. **Reflexões sobre o Decreto 9571/2018 que estabelece Diretrizes Nacionais sobre empresas e Direitos Humanos.** In: Cadernos de Pesquisa Homa. vol. 1, n. 7, 2018, p. 16-17.

³⁷⁴ “The Devoir de Vigilance Law was a pioneer legislation in creating an overarching mandatory due diligence framework. It anchored the human rights due diligence requirements, originally introduced by the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs), into hard law through the establishment of a corporate duty of vigilance requiring eligible companies to devise, effectively implement, and publicly communicate a vigilance plan setting out the steps taken to identify, prevent, mitigate, and account for the adverse human rights and environmental impacts arising out of their activities or the ones of entities within their supply chains.” IBAÑEZ, Juan Ignacio, et. al. **Devoir de Vigilance: Reforming Corporate Risk Engagemen.** p. 6. Disponível em https://www.ipoint-systems.com/fileadmin/media/downloads/Devoir-de-Vigilance_Loi-2017-399_Study_2020.pdf. Acesso em: 23 ago. 2021.

³⁷⁵ França, Loi mN° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, 2017. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034290626&categorieLien=id>. Acesso: em 23 ago. 2021.

1) um mapa de risco; 2) medidas apropriadas para identificar, prevenir e mitigar riscos aos direitos humanos e ao meio ambiente; 3) um procedimento regular para avaliar as situações das cadeias de suprimentos, subsidiárias ou subcontratadas em relação ao mapeamento de riscos; 4) um método de coleta de riscos reais e potenciais e ações planejadas para mitigar riscos e evitar violações; 5) um mecanismo de alerta sobre a existência ou materialização de riscos, estabelecido em consulta com os sindicatos considerados como representantes na empresa (embora a lei não seja específica, considera-se geralmente que o mecanismo deve ser acessível a todos e não restrito aos trabalhadores); 6) monitoramento para avaliar a eficiência das medidas implementadas³⁷⁶.

Se as empresas falharem em publicar ou implementar um plano de vigilância, qualquer parte interessada pode recorrer à jurisdição relevante para a ação. Nesse caso, a empresa tem um período de três meses para cumprir sua obrigação. Após esse período, as empresas podem ser multadas em até 10 milhões de euros.³⁷⁷

Além disso, se ocorrer algum dano na cadeia de valor de uma empresa coberta pelo plano, a responsabilidade civil da controladora poderá ser contratada se for comprovado que o dano foi causado por falha na produção ou na implementação adequada de um plano adequado. A empresa pode, portanto, ser obrigada a pagar uma indenização pelo dano sofrido, se for comprovado que o dano poderia ter sido evitado ou minimizado.³⁷⁸

O que a lei busca, portanto, é que as empresas superem a cegueira deliberada dos impactos negativos aos direitos humanos em toda a extensão da sua cadeia produtiva, devendo assumir a responsabilidade para o exercício de uma *due diligence aprofundada*, cujo objetivo não se encontra apenas na identificação dos riscos, mas sim assegurar medidas efetivas e contínuas para mitigação, prevenção e reparação. O comando normativo, assim, se apresenta como uma ferramenta importante para promover o diálogo social em todas as cadeias de suprimentos globais, impondo à empresa matriz controlar seus parceiros comerciais sob pena de lhe incidir o dever de reparação para, assim, proteger os direitos dos trabalhadores, os direitos humanos e o meio ambiente.

Como resultado, o dever de vigilância é uma opção preferível para responder aos abusos de direitos humanos por empresas, pois cria um princípio de responsabilidade da empresa pela

³⁷⁶ França, Loi N° 2017-399, 2017.

³⁷⁷ França, Loi N° 2017-399, 2017.

³⁷⁸ França, Loi N° 2017-399, 2017.

produção global e é fortemente justificado por seus benefícios econômicos e éticos. Do ponto de vista econômico, o dever de vigilância abordaria as seguintes questões centrais:

(i) Externalidades: o não cumprimento dos princípios humanitários fundamentais cria externalidades negativas que não estão incluídas no preço dos produtos e serviços. Na maioria dos casos, nenhuma penalidade corretiva é possível, pois a empresa criadora da externalidade não está localizada no país que sofre devido à externalidade. O dever de vigilância é, portanto, uma forma de promover a internalização das externalidades; (ii) inovação: as empresas que competem entre si economicamente e ao mesmo tempo cumprem os princípios humanitários fundamentais serão pressionadas a inovar, em particular no que diz respeito à sustentabilidade de seus produtos e processos; (iii) concorrência desleal: na ausência de condições de concorrência equitativas, as empresas que agem como ‘bons cidadãos’ são prejudicadas pela concorrência desleal. Esta é a razão pela qual a *soft law* é inadequada; (iv) lealdade: vários consumidores, trabalhadores e investidores não desejam se envolver com violações graves dos princípios humanitários fundamentais. A maior transparência proporcionada pelo dever de vigilância tornaria mais fácil para eles ficarem longe das empresas responsáveis por tais violações.³⁷⁹

Por sua vez, os dois principais argumentos éticos que sustentam a necessidade de regulamentos são os seguintes: (v) proteção: uma das funções antropológicas da lei é o dever de proteger a parte mais fraca, como os funcionários de fornecedores na tragédia de Rana Plaza, contra a má conduta ou negligência da parte mais forte, como as empresas multinacionais que os contrataram fornecedores; (vi) igualdade: reconhecer o valor igual de todos os seres humanos é um dos princípios básicos da estrutura dos direitos humanos. Como resultado, o valor dos trabalhadores em uma empresa subcontratada ou fornecedora não é inferior ao valor dos consumidores do produto que fabricam ou do investidor na empresa terceirizada. A igualdade é, portanto, amplamente promovida pelo dever de vigilância.³⁸⁰

Destarte, apesar de festejada inovação legislativa, após mais de três anos de sua promulgação, ONG’s relatam que a lei obteve poucos resultados, pois estima-se que existam

³⁷⁹ CLERC, Christophe. **The French ‘Duty of Vigilance’ Law: Lessons for an EU Directive on Due Diligence in Multinational Supply Chains**. ETUI Policy Brief. European Economic, Employment and Social Policy. N°1/2021, p. 2.

³⁸⁰ CLERC, Christophe. **The French ‘Duty of Vigilance’ Law: Lessons for an EU Directive on Due Diligence in Multinational Supply Chains**. ETUI Policy Brief. European Economic, Employment and Social Policy. N°1/2021, p. 2.

cerca de 300 empresas operando na França afetadas pela legislação e até a presente data, nenhuma lista de empresas foi disponibilizada; grandes empresas têxteis, apesar de frequentemente envolvidas em abusos de direitos humanos, ainda não publicaram planos de monitoramento; os planos publicados aplicam a lei em diferentes níveis de exigência, geralmente, voltados aos riscos empresariais ao invés de focados nos riscos para terceiros e ao meio ambiente.³⁸¹

Isto posto, verifica-se que a iniciativa legislativa francesa trouxe um avanço em matéria de direitos humanos e empresas, todavia, a falta de *enforcement* enseja, por enquanto, em pouca aderência e isto esvazia o seu grande potencial. Nada obstante, avaliando a experiência brasileira, a regulação se encontra ainda mais distante de encontrar efetividade, pois a lei vigente é francamente insuficiente e a consequência se traduz na impunidade dos agentes e respectiva manutenção do *status quo*, cuja evolução “depende em grande parte da configuração do Direito doméstico, na medida em que incumbe aos Estados criar normas jurídicas que viabilizem investigações, processamento, julgamento e exigência de reparação”.³⁸²

2.6.4 A jurisdição universal como resposta à *cegueira deliberada*³⁸³ dos países e empresas aos abusos de direitos humanos cometidos por empresas

³⁸¹ BARBIÈRE, Cécile. **France’s ‘Rana Plaza’ law delivers few results.** *Euractiv*, 2019. Disponível em: <https://www.euractiv.com/section/development-policy/news/french-law-on-multinationals-responsibility-for-workers-abroad-achieves-few-results/>. Acesso em 23 ago. 2021.

³⁸² OLSEN, Ana Carolina Lopes; PAMPLONA, Danielle Anne. Violações a direitos humanos por empresas transnacionais na América Latina: perspectivas de responsabilização *in* **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ano 7 nº 13, Jan./Jun. 2019. p. 138.

³⁸³ “De acordo com essa teoria, a ignorância deliberada cria maior grau de certeza a respeito da potencial ilicitude de sua conduta. É o obstáculo criado pelo próprio agente ao seu conhecimento do potencial ilícito que faz com que a conduta se assemelhe à culpa consciente ou ao dolo eventual. Portanto, a utilização da teoria da cegueira deliberada como fundamento para responsabilização dos atores de violações aos direitos humanos no decorrer da cadeia de fornecimento se apresenta como alternativa viável e bastante coerente com o que de fato se percebe no plano fático. Grandes empresas têm ignorado a origem ilícita das matérias primas e produtos fornecidos a preços reduzidos, à custa de submissão de trabalhadores a condições análogas à de escravidão (entre outras infrações trabalhistas) e têm lucrado sobremaneira ao acrescer valor a esses produtos e matérias primas. Entretanto, apesar dessas empresas serem as principais beneficiadas por tais violações, poucas têm sido responsabilizadas. Dessa maneira, a aplicação da teoria da cegueira deliberada nos casos de violações a direitos humanos ao longo da cadeia de fornecimento, especialmente no que diz respeito ao crime de submissão de trabalhadores a condições análogas à de escravidão, torna-se uma peça chave no mecanismo de responsabilização dessas empresas, adequando-se perfeitamente às necessidades decorrentes da estruturação produtiva contemporânea.” SILVA, Lucas Reis da; PAMPLONA, Danielle Anne. **Mecanismos de responsabilização de empresas de uma mesma cadeia de produção por submissão de trabalhadores a condições de escravidão contemporânea.** 2020. 112 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. p. 76-77.

A proteção aos direitos humanos, por sua relevância e interesse nacional, como foi visto, não deve e não se encontra reservada apenas ao domínio de determinado Estado, ou se restringe apenas à sua competência, pois o tema é de legítimo interesse internacional, sendo esta a ideia fortalecida pelo princípio da jurisdição nacional.³⁸⁴

Na ausência de *enforcement* dos comandos normativos, sejam internacionais ou nacionais, buscaram-se medidas alternativas para a responsabilização de corporações transnacionais por violação aos direitos humanos na cadeia produtiva. Considerando a primordialidade de responsabilização de transnacionais que violam direitos humanos em sua cadeia de produção, bem como a necessidade de reparação daqueles que foram lesados, e tendo em vista a ausência de mecanismos internacionais nesse sentido, alguns países vêm se utilizando da construção doutrinária e jurisprudencial da “jurisdição universal” para responsabilizar corporações internamente por violações praticadas em jurisdições distintas.³⁸⁵

Em razão da infração dos direitos humanos ser uma questão de política pública internacional, todos os Estados passam a ser competentes para julgamento quando estes direitos são ofendidos. Assim, defendem seus entusiastas que a responsabilização ocorre independentemente do nexos que o Estado tem com a ofensa, com o ofensor, ou até mesmo a vítima, mesmo se os nacionais daquele país não tenham sido gravemente afetados pelo ato.

Embora a teoria territorial seja o maior alicerce do exercício dos poderes estatais, esta não consegue responder a todo tipo de conflito, ainda mais em um mundo de tal forma globalizado.³⁸⁶ O jurista Kai Ambos afirma que a legitimidade deste exercício jurisdicional “*se reconoce particularmente a la hora de proteger los derechos humanos fundamentales, al derivar de ellos un efecto erga omnes que hace que su protección no se realice sólo em interés de un Estado determinado*”³⁸⁷.

Assim, os órgãos dos tratados de direitos humanos estão cada vez mais preparados para impor aos Estados as chamadas obrigações extraterritoriais, em situações em que estariam em

³⁸⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 11 ed, São Paulo, Saraiva Educação, 2018. p. 236.

³⁸⁵ KEMMELMEIER, Carolina Spack; PECIN, Bruna Barbosa. **Corporações transnacionais e responsabilização na jurisdição estatal por violação a direitos humanos na cadeia produtiva**. Universitas Jus, Vol. 27, n. 2, 2016. p. 107.

³⁸⁶ BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. 4.ed. Oxford. Tradução: Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 319.

³⁸⁷ AMBOS, Kai. **Los fundamentos del ius puniendi nacional**; en particular, su aplicación extraterritorial. Boletín mexicano de derecho comparado. Vol. 40, num. 119, 2007, Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332007000200001#Notas. Acesso em 23, ago. 2021.

posição de controlar atores privados: isso se aplica, em particular, às situações em que esses atores privados têm a nacionalidade do Estado em causa ou estão sob sua jurisdição. Nesses casos, há uma tendência de afirmar que os Estados devem exercer jurisdição extraterritorial prescritiva, a fim de controlar efetivamente tais atores para evitar que cometam violações de direitos humanos no exterior. Esse desenvolvimento é de particular relevância para corporações que, embora domiciliadas em um Estado, operam globalmente, diretamente ou através do estabelecimento de subsidiárias em outras jurisdições ou pelo desenvolvimento de cadeias globais de suprimentos. Além disto, cada vez mais os Estados devem exercer jurisdição extraterritorial adjudicativa, reconhecendo a competência de seus tribunais nacionais para ouvir reivindicações sobre situações que ocorreram fora do território nacional, onde as vítimas não teriam nenhum fórum para recorrer: o direito de acesso a um tribunal é invocado a este respeito, como a fundação de *forum necessitatis* – regra segundo a qual todos os Estados com conexão suficiente com o fato do caso devem fornecer acesso a um remédio, a fim de evitar uma situação de negação da justiça.³⁸⁸

Neste sentido, ainda são pontuais os casos de prestígio ao princípio da jurisdição universal no cenário internacional. Cite-se, como exemplo mais recente, a ação reparatoria proposta no Tribunal da Inglaterra por vítimas de violação de direitos humanos ocorridos na Zâmbia pela subsidiária da empresa inglesa Vedanta Resources, durante a exploração em minas de cobre.

Explica-se que a Vedanta Resources PLC. (Vedanta) é uma empresa de mineração indiana cuja matriz encontra-se sediada em Londres, Inglaterra. Dentro da sua organização empresarial, encontra-se a Konkola Copper Mines (KCM), uma subsidiária da Vedanta, que opera uma mina na Zâmbia. Na sua operação, alegam os autores, membros da comunidade zambiana que moram perto da mina, que a KCM causou danos ambientais significativos às suas comunidades agrícolas e afetou severamente seu sustento e capacidade de ganhar a vida.

As vítimas das aludidas violações processaram a KCM e a Vedanta na Zâmbia e no Reino Unido. Eles argumentaram que a Vedanta teria um "dever de cuidado" na exploração de suas atividades, inclusive daquelas exploradas pela sua subsidiária, ou seja, a matriz e Controladora da Subsidiária (a Vedanta) também seria responsável pelos danos causados pela

³⁸⁸ SCHUTTER, Olivier de. **International human rights law: cases, materials, commentary**. 3 ed. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2019, p. 189.

subsidiária KCM, porque exercia influência suficiente sobre a maneira como as políticas de responsabilidade corporativa eram implementadas.

A Vedanta, por seu turno, além de negar a violação aos direitos humanos, afirmava que o tribunal inglês não possuía jurisdição para processar o pleito por razões de *forum non conveniens*, cuja doutrina permite que a corte decline sua competência por considerar que os interesses da parte e da justiça estariam melhor atendidos em outro foro, que seria mais adequada para resolver a controvérsia.³⁸⁹

Antes da decisão, a lei no Reino Unido e na maioria das outras jurisdições tratava a matriz e as subsidiárias como empresas separadas quando se tratava de responsabilizá-las por danos. Essa é uma das razões pelas quais muitas empresas estabelecem operações subsidiárias; de modo que cada uma permaneceria responsável por suas operações, com perdas e lucros próprios e respectiva responsabilidade legal. Os demandantes procuraram contestar essa estrutura legal, argumentando que a Vedanta também deveria ser responsabilizada pelos danos causados por sua subsidiária (controlada).

Em outubro de 2018, o Tribunal de Apelação da Inglaterra, permitiu que as reivindicações das vítimas zambianas continuassem sendo ouvidas no Reino Unido e, ainda, declarou o dever de cuidado/responsabilidade de uma empresa-mãe (matriz/controladora) pela operação de sua subsidiária em outra jurisdição (Zâmbia).³⁹⁰

Tanto o Juiz de primeira instância quanto a Corte de Apelação da Zâmbia descobriram que havia um risco real de que os demandantes não obtivessem uma justiça substancial na jurisdição da Zâmbia. No mesmo sentido, em Abril de 2019, a Suprema Corte do Reino Unido manteve esta decisão por unanimidade, de modo que a Vedanta fosse processada na jurisdição da Inglaterra, com aplicação da lei de Zâmbia, pois, do contrário as vítimas não teriam acesso à “justiça” na Zâmbia. Bem como, a Suprema Corte do Reino Unido reafirmou que a controladora possui responsabilidade sobre os atos de suas subsidiárias e, ainda, ambas possuem o dever de cuidar das vítimas das violações aos direitos humanos.³⁹¹

³⁸⁹ FRIEDENTHAL, Jacl; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur. **Civil Procedure**. Saint Paul, West Publishing Co, 1985, p. 91.

³⁹⁰ REINO UNIDO. Lungowe & Ors vs Vedanta Resources Plc & Anor [Outubro 13, 2017] **EWCA Civ 1528**. Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2017/1528.html> Acesso em 23 ago. 2021.

³⁹¹ REINO UNIDO. Vedanta Resources PLC and another (Apelante) vs Lungowe e outros (Respondentes). [2019] UKSC 20, [2019]. 22. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>. Acesso em 23 ago. 2021.

Outro caso recente oriundo da Corte de Apelação do Reino Unido contribui para conformar a possibilidade para a responsabilização da empresa matriz por atos de suas afiliadas ou subsidiárias. Em *Chandler v. Cape Plc*³⁹², a Corte de Apelação do Reino Unido decidiu sobre a responsabilidade legal da controladora pelos danos causados por suas afiliadas ou subsidiárias, todavia, ressaltou que esta não é uma atribuição automática, limitando a responsabilidade apenas a certos casos em que a matriz detenha o controle sobre assuntos relevantes da subsidiária e sua própria conduta influenciaram ou contribuíram para o dano.

Estas decisões representam um grande avanço sobre um reconhecido obstáculo fundamental ao acesso à justiça, qual seja, a existência do “véu corporativo” da empresa mãe, que se caracteriza pelas dificuldades de se responsabilizar a matriz por violações na sua cadeia produtiva ou pela dificuldade de delimitação da sua responsabilidade. Sobre a questão da jurisdição, Humberto Cantú Rivera compreende que a adequada supervisão da direitos humanos em nível internacional e nacional ocorre, dentre outros requisitos, quando se estabelecem bases comuns para que as vítimas possam apresentar suas reclamações não apenas em uma única jurisdição, mas que possam existir uma pluralidade de jurisdições que possam ter a competência para receber demandas por abusos de direitos humanos ligados a atividades empresariais quando um Estado não possa ou não queira exercer a jurisdição e, assim, outro assuma sua competência por existir nexos com a causa em questão ou para evitar uma denegação de justiça.³⁹³

No mesmo sentido, no Canadá, recentes julgados também foram aclamados como abertura de uma nova era para a responsabilidade das empresas canadenses por abusos extraterritoriais. Nos casos de *Nevsun* e *Tahoe Resources*, os Tribunais rejeitaram os recursos para que os casos fossem ouvidos nos Estados anfitriões, nomeadamente na Eritreia e na Guatemala, alegando riscos de as vítimas não terem acesso a um julgamento justo. A decisão também é a primeira que permite que uma reclamação em massa por escravidão moderna e supostas violações dos direitos humanos internacionais ocorra no Canadá.³⁹⁴

³⁹² REINO UNIDO. Corte de Apelação da Inglaterra e País de Gales (Divisão Civil), *Chandler v Cape plc*, Sentença, Processo No. [2012] EWCA, Civ 525, 25 de abril de 2012, §§ 69-80.

³⁹³ RIVERA, Humberto Cantú. **La responsabilidad de las empresas en matéria de derechos humanos**. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018, p. 17.

³⁹⁴ AMUNWA, Ben. *Vedanta to face class action lawsuit over copper-mine pollution in Zambia – says Court of Appeal*. in **Law Mostly**. 2017. Disponível em: <https://lawmostly.com/2017/10/18/vedanta-face-class-action-lawsuit-over-copper-mine-pollution-zambia-court-appeal-business-human-rights/>. Acesso em 23 ago. 2021.

Casos mais antigos, mas norteadores de aplicação da jurisdição universal não podem deixar de ser lembrados. Por exemplo, na Nigéria, o caso *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Company e Shell Transport Ltda.*, cuja tipologia foi a cumplicidade em homicídios, prisões arbitrárias e tortura de lideranças políticas do povo Ogoni; extorsão; repressão violenta às manifestações contrárias às atividades da empresa. Em 1995, ativista Ken Saro-Wiwa, juntamente com outros integrantes do Movimento pela Sobrevivência do Povo Ogoni (MOSOP), foi sumariamente assassinado após promover campanhas e mobilizações contra os danos ambientais causados pelos empreendimentos de extração petrolífera da empresa Royal Dutch/Shell nas terras dessas populações tradicionais. Tendo sido ilegalmente detido em 1994, o grupo foi mantido incomunicável sob custódia militar e, no ano seguinte, julgado e condenado à pena de morte por um tribunal *ad hoc*. Os principais instrumentos jurídicos invocados foram o ACTA e a Lei de Proteção das Vítimas de Tortura, alegando-se que a Royal Dutch/Shell auxiliou o regime de Sani Abacha a fabricar provas utilizadas no suposto julgamento das vítimas.

Após o processamento do feito, o caso foi decidido pela Suprema Corte Estadunidense em 17 de abril de 2013, estabelecendo que o direito internacional consuetudinário não reconhece a responsabilidade empresarial por violações ao direito de nacionais, enquanto que a empresa apenas responderia a questões diante do ACTA se o ato de violar o direito internacional tivesse ocorrido dentro do território estadunidense, ou seja, afastando a responsabilidade da empresa na jurisdição estadunidense se a violação de direitos tiver ocorrido em outro território, pois suas leis não poderiam regular condutas em outros Estados soberanos.³⁹⁵ No entanto, registra-se que as partes firmaram acordo e se estabeleceu o pagamento de compensação financeira no valor de 15,5 milhões de dólares, a serem repartidos entre os honorários advocatícios, os autores e um fundo específico para o povo Ogoni. Nesse acordo, que representou uma parcela irrisória dos lucros da Royal Dutch/Shell na Nigéria, a empresa não reconheceu qualquer responsabilidade pelas violações ocorridas, permanecendo oficialmente impune.³⁹⁶

³⁹⁵ RIVERA, Humberto Cantú. **La responsabilidad de las empresas en matéria de derechos humanos**. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018, p. 65-71.

³⁹⁶ PRIOSTE, Fernando Gallardo Viera; HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. **Empresas Transnacionais No Banco Dos Réus: Violações De Direitos Humanos e Possibilidades De Responsabilização**. Curitiba: Terra de Direitos, 2009, p. 28.

Percebe-se, desta forma, que as legislações nacionais não estão preparadas para lidar com empresas transnacionais, que têm suas linhas de produção espalhadas pelo mundo, a menos que trate de violações relacionadas ao suborno ou à evasão de divisas³⁹⁷, no entanto, o princípio da jurisdição universal, o ACTA (EUA)³⁹⁸ e o *Devoir de Vigilance* (FRANÇA), têm se apresentado como alternativas e iniciativas relevantes para a responsabilização das empresas transnacionais por violações aos direitos humanos, seja no Estado de origem ou no Estado receptor da atividade violadora.

Assim, com o desenvolvimento da atividade empresarial em escala global, permite-se que a jurisdição legal da sede da empresa matriz (controladora) possa atuar para proteção e reparação pelos danos sofridos pelas vítimas das violações de direitos humanos e responsabilizar a empresa matriz, suas subsidiárias ou até mesmo outras empresas constantes na cadeia de proteção, ainda que extraterritorialmente, por sua conduta imprudente na condução de suas operações, segundo o nível de participação e conhecimento que deveria ter para evitar que a vida individual ou da coletividade sejam afetadas negativamente por sua atividade.³⁹⁹

Na ausência de *enforcement* das legislações internacionais e nacionais, o princípio da jurisdição universal tem sido aplicado para responsabilização de corporações transnacionais por violação aos direitos humanos na cadeia produtiva mesmo que em País diverso daquele em que o dano foi causado, portanto, em jurisdição distinta. Assim, os Estados podem responsabilizar internamente, por meio de sua jurisdição, aqueles que cometeram determinadas infrações, ainda quando estas não apresentem nexo, em sua acepção tradicional, com o Estado.

Esse procedimento estabelece um precedente importante para os defensores da responsabilidade corporativa em todo o mundo: fornecer uma via potencial para responsabilizar as empresas-matriz (matriz/controladora) pelos abusos de suas subsidiárias, em situações em que os sistemas judiciais locais não conseguem fornecer justiça adequada aos reclamantes, na medida em que a responsabilização expande o escopo da responsabilidade e aumenta a pressão

³⁹⁷ BANKETAS, Ilias. **Corporate Social Responsibility in International Law**. Boston University International Law Journal. Vol. 22, 2004, pp. 345-346

³⁹⁸ RUGGIE, John Gerar. ¿Jerarquía o ecosistema? La regulación de los riesgos relativos a los derechos humanos provenientes de las empresas multinacionales. in GARAVITO, César Rodríguez (editor). **Empresas y derechos humanos em el siglo XXI**. 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, p. 95.

³⁹⁹ RIVERA, Humberto Cantú. La responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018, p. 85.

por uma boa governança corporativa e também promove a doutrina da responsabilidade social corporativa.

2.7 ANÁLISE ECONÔMICA DA INEFICIENTE TUTELA PARA EMPRESAS QUE VIOLAM OS DIREITOS HUMANOS E A NECESSIDADE REGULATÓRIA PELO DIREITO INTERNO

Segundo o guia interpretativo Ruggie, de acordo com o princípio orientador n. 13, a violação de direitos humanos por empresas pode ocorrer de três formas: (1) a corporação pode causar o impacto, através de suas atividades; (2) pode contribuir para o impacto, através de suas atividades – seja diretamente ou por meio de outra entidade; e (3) pode simplesmente encontrar-se envolvida no impacto causado por entidade com a qual tenha relações de negócio e com ela se ligue por suas operações, produtos e serviços.

Os efeitos negativos das empresas na proteção dos direitos humanos são subdivididos em duas categorias: (i) a ocorrência de violações em virtude de atos praticados diretamente, pela própria empresa ou por meio de sua ação em conjunto com outros atores; e (ii) violações ocorridas como efeito de ações tomadas indiretamente por corporações na realização de suas atividades.⁴⁰⁰

De acordo com as diretrizes fixadas pela ONU, cumpre ao Estado o papel precípua de fixar parâmetros mínimos para a atuação corporativa e de fomentar a criação de uma cultura de respeito aos direitos humanos, preservando, no mais, a liberdade empresarial⁴⁰¹. A Corte IDH, pela Opinião Consultiva n. 23/17⁴⁰² também estabelece que cumpre aos Estados o dever de prevenir, monitorar ou remediar os abusos cometidos por empresas, enquanto às empresas remanesce, tão somente, uma responsabilidade moral (*soft law*) de respeitá-los, cumprindo aos

⁴⁰⁰ AGUIRRE, Daniel. **The Human Right to Development in a Globalized World**. Aldershot, Ashgate, 2008, p. 4-5.

⁴⁰¹ BENEDETTI, Juliana Cardoso. Empresas e direitos humanos nas nações unidas: Rumo a um tratado. in. PIOVESAN, Flávia. **Empresas e direitos humanos**. Coordenadores Flávia Piovesan, Inês Virginia P. Soares, Marcelo Torelly. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 29-30.

⁴⁰² Corte IDH. Opinião Consultiva OC 23/17. Publicada em 15 de novembro de 2017. § 118.

próprios Estados elaborar, internamente, suas próprias medidas para a finalidade de impedir e/ou mitigar os impactos da atuação empresarial.⁴⁰³

Principle 15 provides: ‘In order to meet their responsibility to respect human rights, business enterprises should have in place policies and processes appropriate to their size and circumstances, including ... A human rights due diligence process to identify, prevent, mitigate and account for how they address their impacts on human rights. This is further explained under Principles 17-24 of the Guiding Principles on Business and Human Rights, which note in particular that human rights due diligence ‘Should cover adverse human rights impacts that the business enterprise may cause or contribute to through this own activities, or which may be directly linked to its operations, products or services by its business relationship’ (Principle 17(a))⁴⁰⁴.

Esse processo, segundo o Princípio 17, deve incluir, além da avaliação de riscos calculados por meio da previsão do impacto direto e/ou indireto, real e/ou potencial, das suas atividades empresariais sobre os direitos humanos, a integração das conclusões e sua atuação a esse respeito, o acompanhamento das respostas e a comunicação de como as consequências negativas têm sido enfrentadas. Com isto, promove-se a adoção de políticas integradas, acompanhamento de ações com potencial impacto e mecanismos para evitar e reparar as violações ocorridas.⁴⁰⁵

O problema, contudo, não se resume apenas à “inexistência” de instrumentos reguladores, mas, sim, na ausência de penalidades e também no caráter seu status não vinculativo, de modo que se tais medidas não forem acompanhadas por um mecanismo capaz de exigir o cumprimento destas regras, certamente haverá um impacto reduzido sobre o comportamento das empresas. Na ausência de uma mudança radical na atitude e ações dos governos com relação a uma regulamentação efetiva das atividades das empresas nos âmbitos nacional e internacional, não fica claro como as empresas serão efetivamente responsabilizadas

⁴⁰³ In general, the Guiding Principles state that corporate responsibilities to respect human rights are voluntary and, therefore, not necessarily a legal enforcement as demands on business entities is to be expected. Because the obligations within the Guiding Principles can be seen more like social expectations rather than moral obligations, it would be necessary to guarantee such principles by national law. WERHANE, Patricia H. **Corporate Moral Agency and the Responsibility to Respect Human Rights in the UN Guiding Principles: Do Corporations Have Moral Rights?** 1 Business and Human Rights Journal 5, Cambridge University Press: 13 November 2015, p. 6.

⁴⁰⁴ SCHUTTER, Olivier de. **International Human Rights Law: cases, materials, commentary.** 3 ed. Cambridge, United Kingdom: Cambridge Press, 2019, p. 537-538.

⁴⁰⁵ SILVA, Ana Rachel Freitas da; PAMPLONA, Danielle Anne. Os princípios orientadores das nações unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços? In: BENACCHIO, Marcelo (coordenador). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos.** Editora CRV. Curitiba 2016, p. 148-169. p. 156.

se descumprirem com suas obrigações em direitos humanos. No máximo, este descumprimento sujeitará as empresas ao julgamento da opinião pública.⁴⁰⁶

Em matéria de direitos humanos e empresas no plano internacional se nota, de um lado, crescente esforço para criação de mecanismos de proteção dos direitos humanos nas atividades empresariais, porém, de outro lado, pouca efetividade para repressão de comportamentos abusivos, por falta de inserção vinculante dos instrumentos jurídicos, devendo, desta forma, se voltar a análise para o plano do direito interno, buscando a conformidade do ordenamento nacional aos anseios globais. Assim, busca-se colmatar a lacuna pelo viés do direito concorrencial e da concorrência desleal.

Na democracia capitalista globalizada, de pouca serventia mostram-se os refinados instrumentos de proteção dos direitos humanos, postos à disposição pelo direito público, se as políticas públicas e a atividade econômica privada escaparem aos mecanismos de controle jurídico, incrementando a exclusão social e o desrespeito à dignidade da pessoa humana.⁴⁰⁷

Nesse sentido, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau afirmam que “[...] as normas jurídicas devem ser julgadas à luz das estruturas de estímulos que estabelecem e das consequentes mudanças comportamentais adotadas pelos interessados em resposta aos estímulos”⁴⁰⁸ e, no caso da promoção e proteção de direitos humanos, as “companhias que guiam suas decisões puramente pelo lucro não são compelidas a mudar de postura, exceto se uma justificativa econômica lhes for apresentada”.⁴⁰⁹

Demonstrando a ineficiência deste caráter não vinculante das orientações internacionais, denota-se que a grande maioria dos Estados, inclusive o brasileiro, não aderem ao sugerido pelos Princípios Orientadores da ONU e deixam de tutelar especificamente a matéria, o que acaba se tornando um verdadeiro incentivo às condutas abusivas:

⁴⁰⁶ FEENEY, Patricia. **A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy**. Sur, Rev. int. direitos human, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 174-191, Dec. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em 30 mar. 2020. p. 185.

⁴⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídico privadas. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 57.

⁴⁰⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 665-675.

⁴⁰⁹ PAMPLONA, Danielle Anne; SILVA, Ana Rachel Freitas da Silva. Os princípios orientadores das Nações Unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços? In: BENACCHIO, Marcelo (coord.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. Curitiba: Editora CRV, 2016. p. 152

The root cause of the business and human rights predicament today lies in the governance gaps created by globalization - between the scope and impact of economic forces and actors, and the capacity of societies to manage their adverse consequences. These governance gaps provide the permissive environment for wrongful acts by companies of all kinds without adequate sanctioning or reparation⁴¹⁰.

Na prática, no entanto, é possível afirmar que, além da impotência em reforçar certas políticas, parte dos abusos acontecem porque os Estados falham na garantia dos direitos humanos⁴¹¹ por outras razões que vão desde a cumplicidade direta com as violações até o temor pela perda de competitividade na atração de investimentos e seus consequentes efeitos econômicos, num contexto em que a atração de investimentos é um elemento incontornável nas disputas entre nações no âmbito global.⁴¹² Além disto, é de longa data a constatação de que as economias de muitos Estados (PIB) vêm sendo ultrapassada pelo faturamento de grandes empresas, tornando-as atores no impacto de contextos econômico, social, cultural e político⁴¹³⁴¹⁴, inclusive, com grandes corporações comportando-se cada vez mais como Estados, pois seu poder econômico adquiriu dimensão política tão importante a ponto destas empresas não se submeterem ao domínio político e, também, de um número crescente de pessoas no mundo acreditarem que a política tradicional seja cada vez menos relevante, provocando o seu esvaziamento.⁴¹⁵

⁴¹⁰ Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises: Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, T 3, UN Doc A/HRC/8/5 (7 Abr. 2008).

⁴¹¹ “O Estado pode ser processado e responsabilizado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos caso se constate que houve falha nas suas obrigações “erga omnes, debida diligencia y posición de garante, todas las cuales determinan la responsabilidad del Estado por violaciones a los derechos humanos cometidas por particulares”. PEDRAZA, Mónica Andrea Tangarife. **Responsabilidad de las empresas por violaciones a derechos humanos**. Alemania, Editorial Académica Española, 2011. p. 41.

⁴¹² KHAN, Farzad Rafi; WESTWOOD, Robert; BOJE, David M. **I fell like a foreign agent: NGOs and corporate social responsibility interventions into third world child labor**. *Human Relations*, v. XX, n. X, p. 1-22, 2010. p. 9-10.

⁴¹³ PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoria. Empresas e direitos humanos: desafios e perspectivas à luz do direito internacional dos direitos humanos. in PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 233-234.

⁴¹⁴ “Parece indiscutível que se a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna um imperativo incontornável.” SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 193-194.

⁴¹⁵ DOWBOR, Ladislau. **Democracia econômica: alternativas de gestão social**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. p. 237, 247.

Soma-se a isto o fato de a aproximação de grandes corporações com governos e governantes também ser comum para a prática de influência lesiva ao sistema, distorcendo os resultados e comprometendo a autoridade moral do capitalismo puro.⁴¹⁶ Embora seja inevitável que empresas atuem politicamente, elas não são organismos democráticos e, em virtude de seu poder econômico, conseguem exercer grande pressão por decisões favoráveis. O enfoque mais grave ocorre quando as empresas atuam em uma relação de dominação com os Estados, que em geral mantêm instituições débeis e legislações sem fortes proteções dos direitos humanos, violações graves dos direitos humanos por empresas também ocorrem em países com mais poder econômico e instituições mais fortes, ou seja, podem existir violações independente do poder econômico de uma nação.⁴¹⁷

Assim, a regulamentação e implementação de políticas voltadas à proteção dos direitos humanos por empresas fica mais difícil na medida em que os Estados também violam os direitos humanos para criar ambiente atrativo para o estabelecimento das grandes empresas globais⁴¹⁸. É o que se depreende pelo fenômeno *race to the bottom*, no qual os Estados competem pela atração de investimento estrangeiro, com o fornecimento das melhores condições econômicas para que as empresas desenvolvam suas atividades. Inexistindo uma regulamentação efetiva (*jus cogens*) o Estado se sujeitará ao dilema do prisioneiro⁴¹⁹:

[...] A tragédia do dilema do prisioneiro é que esse se apresenta como uma escolha dominante para os Estados individualmente considerados. Em nosso caso, sempre é economicamente racional diminuir o imposto, isto é, reduzir os padrões trabalhistas, a despeito do que os outros países o façam. Se outros países não reduzem os impostos, é racional fazê-lo para receber mais investimentos. Se os outros reduzem seus impostos, é necessário reduzir as taxas nacionais para continuar competitivo.⁴²⁰

⁴¹⁶ ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo: Reencontrando a chave da prosperidade americana**. Editora: Bei Comunicação, São Paulo, 2015. p. 28-30.

⁴¹⁷ SANTANA, Anna Luisa Walter de; PAMPLONA, Danielle Anne. **Intermediarios de internet y derechos humanos: contribuciones del Sistema Interamericano en la construcción de estándares comunes para la promoción de la libertad de expresión en América Latina**. 2020. 263 f. Teses (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. p. 23-24.

⁴¹⁸ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ALMEIDA, Patricia Martinez. **Empresas e Direitos Humanos**. Revista Thesis Juris, São Paulo, v. 4, n. 2, pp. 357-372, Mai-Ago, 2015. p. 360.

⁴¹⁹ “No Dilema do Prisioneiro, cada pessoa tem uma estratégia individual “estritamente dominante”, ou seja, independentemente do que as outras vierem a fazer, os objetivos de cada pessoa são mais atendidos seguindo-se essa estratégia dominante (e “orientada para o próprio objetivo”). Ao mesmo tempo, os objetivos de todos teriam sido respectivamente mais bem atendidos se houvessem seguido uma estratégia diferente (e mais cooperativa). Dada a escolha “orientada para o próprio objetivo”, está claro que cada pessoa de fato seguirá a estratégia não cooperativa, e portanto todas terminarão em uma situação inferior à que obteriam com a estratégia cooperativa”. SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. 1 ed. 9 reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 98.

⁴²⁰ LANGILLE, Brian Alexander. Para que serve o direito internacional do trabalho? **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, a. 33, n. 127, p. 175-204, jul./set. 2007. p. 187-188.

Em linha com as preocupações globais, em 2014, a OEA reconheceu expressamente que as empresas, independentemente de seu tamanho, setor de atividade, contexto ou estrutura, possuem responsabilidade de respeitar os direitos humanos em suas atividades, independentemente da capacidade dos Estados de cumprir suas obrigações nesta matéria. Além disto, a resolução convoca os Estados membros a difundirem os princípios orientadores e estimular um diálogo construtivo entre empresas, governo e sociedade civil.⁴²¹

Nada obstante, reitera-se, sem existir um efetivo mecanismo de responsabilização, os esforços normativos, independentes de serem *soft law* ou *hard law*, possuirão uma eficácia limitada, pois, no modelo de produção capitalista, fundado na concorrência e tendo como finalidades principais a maximização dos lucros e a minimização dos custos, o investimento em qualquer agenda que promova o respeito aos direitos humanos e que represente um “custo” maior em sua produção, não será fomentado.⁴²²

A teoria do custo de transação de Ronald Coase demonstra que a intervenção estatal no direito privado em regra não conduzirá a melhor forma de eliminar ou reduzir as externalidades⁴²³, pois a solução mais adequada seria abrir para as partes a possibilidade de negociação de modo que a reparação recaia sobre aquela cuja ação seja menos custosa, desde que a negociação não represente um custo elevado de transação.⁴²⁴

Desta forma, o custo social deve ser “internalizado”, ou seja, deve compor o preço final, e o custo social das externalidades deve ser solucionado de forma mais eficiente por aquele que estiver em melhor posição, não necessariamente o ofensor. Ainda, o custo social pode até

⁴²¹ OEA, **Promoção e Proteção dos Direitos Humanos no Ambiente de Negócios**. AG / RES. 2840 (XLIV-O / 14). Aprovado na segunda sessão plenária realizada em 4 de junho de 2014.

⁴²² PAMPLONA, Danielle Anne. ERNESTO, Moisés Ernesto de Jesus Xavier. As violações de direitos humanos pela indústria extrativista. In: **Revista Direito Sem Fronteiras**. Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Edição Especial. 2017, v. 1 (3), pp. 47-60. p. 54.

⁴²³ Sobre o conceito de externalidades, adotamos conforme Fernando Araújo: “Definimos por ora externalidade, neste sentido mais amplo, como toda a situação em que a conduta de uma pessoa afecta o bem-estar de outra por vias extramercado – seja prejudicando-o sem ter que pagar, seja beneficiando-o sem ter possibilidade de fazer-se pagar por isso, em ambos os casos por ausência de um mencaismo espontâneo de contrapartida, de <internalização> de custos ou de benefícios. ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3 ed., 5 reimp. Portugal: Almedina, 2007. p. 56.

⁴²⁴ COASE, Ronald. H. **The problem of social cost**. The Journal of Law and Economics. Vol. III. University of Virginia. October 1960. p. 1-2. Disponível em: <http://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2020.

mesmo ser partilhado entre o ofensor e a coletividade, afinal, a coletividade também é beneficiada pela atividade privada⁴²⁵.

Existem situações, como aquelas que envolvem os direitos humanos, que requerem a presença do Estado, como é o caso mencionado pelo relatório publicado pela CIDH – povos indígenas, afro-comunidades descendentes e recursos naturais: proteção aos direitos humanos no contexto das atividades de mineração, exploração e desenvolvimento – para impor normas visando a prevenção, mitigação e reparação das violações aos direitos humanos por empresas.

O papel do direito frente às externalidades negativas é exposto por Vasco Rodrigues ao destacar que algumas decisões podem ser individualmente vantajosas e eficientes, porém geram um custo social e podem não ser eficientes do ponto de vista coletivo, devendo-se regular a eficiência das atividades para maximizar a eficiência no plano coletivo-social e minimizar as externalidades negativas.⁴²⁶

No caso das *externalidades*, a intervenção do estado justificar-se-á para colmatar a brecha criada entre eficiência econômica e o bem-estar colectivo: seja para refrear o nível de actividade daquele que continua a lucrar quando os danos que causa a terceiros já atingiram um grau intolerável – ou, num caso limite, proibir essa actividade ou substituir-se nela ao produtor -, seja para incentivar aquele que, beneficiando terceiros com a sua actividade, contudo não dispõe de meios para reclamar desses terceiros a contrapartida dos benefícios que lhes causa, dos <bens de mérito> que gratuitamente lhes fornece – ou, no caso de não conseguir incentivá-lo suficientemente, substituir-se a ele na produção desses benefícios -.⁴²⁷

A regulação da atividade privada que afetem direitos humanos individuais e coletivos, pode ser feita pelo Estado, numa intervenção que não seja puramente proibitiva ou limitativa, por meio da (i) criação de incentivos (e desincentivos) a produtores privados ou através do estabelecimento ou agravamento de impostos ligados ao volume de produção; ou (ii) pela imposição de padrões e condutas ao setor privado, como, por exemplo, com a aplicação de normas de segurança, subscrição de seguros obrigatórios e a observância de limites máximos de poluição.⁴²⁸

A partir dessa premissa, a análise deverá levar em consideração não somente as relações de lucro e prejuízo das partes e a eficiência para os consumidores, mas a sanidade do mercado

⁴²⁵ COASE, Ronald. H. **The problem of social cost**. The Journal of Law and Economics. Vol. III. University of Virginia. October 1960. p. 2, 18. Disponível em: <http://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

⁴²⁶ RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**. Coimbra: Editora Almedina, 2007. p. 42-44.

⁴²⁷ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3 ed., 5 reimp. Portugal: Almedina, 2007. p. 56.

⁴²⁸ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3 ed., 5 reimp. Portugal: Almedina, 2007. p. 57.

como um todo, ou, como dito acima, o plano coletivo-social englobando os direitos humanos.⁴²⁹ Nada obstante, em consonância com as orientações do SIDH, as atividades devem vir acompanhadas de medidas adequadas e efetivas para garantir que as mesmas não sejam levadas a cabo às expensas dos direitos humanos das pessoas que podem ser negativamente afetadas. Tal significa que a prosperidade e desenvolvimento econômico dos países do continente não podem justificar violações a direitos humanos daqueles a quem as obras de certas empresas causam impacto negativo, notadamente em detrimento das obrigações assumidas pelos Estados em matéria de proteção dos direitos humanos⁴³⁰. O problema do mercado (concorrencial) é se presumir que todos os custos da produção recaem ao produtor e todos os benefícios são capturados integralmente pelos consumidores e, portanto, se ignora deliberadamente os benefícios e custos que podem extravasar da simples relação de troca no mercado, sendo que estes benefícios (externalidades) “são causadores de disparidades entre o cômputo privado de custos e benefícios que cabem às partes envolvidos nas trocas e o cômputo total, social”⁴³¹.

Verifica-se, do acima exposto, efetivo processo de institucionalização da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos fundamentais, todavia “as dificuldades localizam-se precisamente no plano de sua realização concreta e no plano de sua exigibilidade”⁴³², o que será abordado na sequência para adentrar à hipótese de violação dos direitos humanos por empresas se refletir em vantagem concorrencial à empresa infratora em detrimento da sociedade (externalidades negativas⁴³³), impondo uma parcela do custo de uma atividade a terceiros não envolvidos diretamente na relação (as vítimas, os concorrentes e a coletividade). Desta forma, os bens produzidos são ofertados com má alocação de recursos, sem que o preço da atividade

⁴²⁹ Para Raquel Sztajn: “Eficiência significa a aptidão para obter o máximo ou melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade; de adequação à função”. SZTAJN, Rachel. Law and economics. in ZYLBRESZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2005. p. 83. Em outras palavras, atingir o melhor resultado com o mínimo de desperdício. E, tratando-se dos direitos humanos na atividade empresarial, sem qualquer regulação e atribuição de custos financeiros, as estratégias e o comportamento empresarial “mais eficiente”, provocam alterações nas estruturas de mercado e nas relações de poder em detrimento do bem-estar social.

⁴³⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5 ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, Método, 2018. p. 547.

⁴³¹ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3 ed., 5 reimp. Portugal: Almedina, 2007. p. 57.

⁴³² LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 66.

⁴³³ “Definimos por ora externalidade, neste sentido mais amplo, como toda situação em que a conduta de uma pessoa afecta o bem-estar de outra por vias extra-mercado – seja prejudicando-o sem ter que pagar, sem beneficiando-o sem ter possibilidade de fazer-se pagar por isso, em ambos os casos por ausência de um mecanismo espontâneo de contrapartida, de <internalização> de custos ou de benefícios. ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3 ed., 5 reimp. Portugal: Almedina, 2007. p. 56.

reflita o custo social imposto à coletividade, gerando uma vantagem não competitiva para a empresa infratora. Além disto, a tolerância sobre tais práticas acaba por gerar incentivos aos demais concorrentes que, para se manterem competitivos no mercado, se utilizam das mesmas práticas ilícitas, sobretudo quando se deparam com a perspectiva de ausência de penalidades.

Na democracia capitalista globalizada, de pouca serventia mostram-se os refinados instrumentos de proteção dos direitos humanos, postos à disposição pelo direito público, se as políticas públicas e a atividade econômica privada escaparem aos mecanismos de controle jurídico, incrementando a exclusão social e o desrespeito à dignidade da pessoa humana.⁴³⁴

Com efeito, “a dimensão objetiva da dignidade da pessoa humana implica deveres de proteção estatais, contra o próprio Estado e contra ações de atores privados”⁴³⁵, de modo que uma justiça integral não pode ser realizada sem um marco de estatismo político e institucional e ao invés de delimitar estritamente o enfoque na ação estatal, deve-se pôr atenção a todas as instituições, inclusive às empresas, que podem fazer valiosas contribuições para a realização dos direitos das pessoas.⁴³⁶

Para Richard Posner⁴³⁷ o papel do governo e do Direito na economia de mercado é em geral, promover as medidas de prevenção das externalidades negativas e estímulo das externalidades positivas, e insiste (na medida do possível) que, dentro de sua esfera restrita, o governo aplique políticas de minimização de custos, ou seja, a base da decisão deve ser a relação custo-benefício e de manipular corretamente os incentivos. Neste sentido, a regulação econômica surge com dois aspectos distintos de atuação pública, a regulação social, que incide sobre múltiplas áreas como ambiente, as condições de exercício do trabalho e a defesa dos consumidores, e a regulação econômica *strictu sensu*, estruturante do mercado e modeladora de determinados comportamentos dos agentes econômicos, ou seja, a regulação econômica assume, como funções e domínios de atuação, a definição da estrutura ou do enquadramento do mercado, a par da definição de incentivos à conduta dos que atuam no mercado. A regulação comportamental direciona-se ao normativo regulador das condutas dos agentes econômicos, incidindo sobre um conjunto de decisões para induzirem os agentes a adotarem determinados

⁴³⁴ TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídico privadas. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 57.

⁴³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 266.

⁴³⁶ WETTSTEIN, Florian. **Multinational Corporations and Global Justice: Human Rights Obligations of a Quasi-Governmental Institution**. Reino Unido: Stanford University Press, 2009. p. 22.

⁴³⁷ POSNER, Richard Allen. **A economia da Justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

comportamentos em função de finalidades perseguidas pelos reguladores para equacionar a distinção regulação diretiva e regulação por incentivos. A primeira consiste em interferências por direção de condutas, transmitidas por instruções e a segunda se consubstancia pela alteração da percepção sobre a natureza das alternativas de atuação sujeita à escolhas, tornando algumas mais atrativas do que outras.⁴³⁸

O encontro com o direito acontece quando se assume que os agentes econômicos, ao agirem de forma racional, adotam um ponto ótimo quando tem essa possibilidade, ou seja, se uma mudança de condição beneficia uma pessoa sem prejudicar ninguém, tal alteração deve ser realizada. Assim, emerge a possibilidade de o direito buscar formas normativas ótimas, com gastos mínimos e alto grau de eficiência, e sob este aspecto, uma norma jurídica é eficiente quando trouxer vantagens para todos os interessados ou para alguns sem prejudicar ninguém ou quando os beneficiados por ela ficam em condições de poder indenizar os prejudicados sem perder as vantagens.

Robert Cooter e Thomas Ulen apresentam como a economia proporcionou uma teoria científica para prever as sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços. As pessoas reagem aos preços mais altos deixando de consumir tal produto; assim, elas reagem a sanções penais mais duras praticando menos da atividade outrora positivada.⁴³⁹ Assim, como os preços afetam o comportamento do indivíduo, a sanção afetará o seu comportamento ante a provável e firme punição da infração:

[...] um fabricante sabia que seu produto irá, às vezes, ferir os consumidores. Até que ponto esse fabricante tornará o produto seguro? Para uma empresa que queira maximizar os lucros, a resposta depende de dois custos: primeiro, dos custos efetivos para tornar o produto mais seguro, que, por sua vez, dependem de fatos relativos ao projeto e à fabricação do produto e dos custos da emissão de advertências aos usuários; e do “preço implícito” de ferimentos causados aos consumidores por meio da responsabilidade jurídica do fabricante. A responsabilidade é uma sanção imposta por danos causados a outros. O produtor precisará da ajuda de advogados para fazer uma estimativa desse preço implícito. Depois de obter as informações necessárias, ele irá comparar o custo da segurança e o custo implícito de acidentes. Para maximizar os lucros, o produtor irá ajustar a segurança até que o custo efetivo da segurança adicional seja igual ao preço implícito de acidentes adicionais.⁴⁴⁰

⁴³⁸ FREIRE, Maria Paula Vaz. **Eficiência e restrições verticais – Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Portugal, AFFDL, 2008. p. 25-26.

⁴³⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Porto Alegre: Booksman, 2010. p. 25.

⁴⁴⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Porto Alegre: Booksman, 2010. p. 25.

Segundo os contornos gerais da análise econômica e o princípio da maximização racional, a abordagem econômica do ato concorrencial pressupõe que os agentes são racionais e que procuram maximizar seus ganhos no mercado. Eles comparam os custos da atividade (lícita ou ilícita) com os benefícios esperados e assumem o risco de uma conduta ilícita quando seus ganhos superarem os custos. Nesse sentido, corrobora-se com a afirmação de Danielle Anne Pamplona e Ana Rachel Freitas da Silva, de que as “companhias que guiam suas decisões puramente pelo lucro não são compelidas a mudar de postura, exceto se uma justificativa econômica lhes for apresentada”.⁴⁴¹ Em outras palavras, o infrator só se engajará com práticas desleais se o ganho esperado superar a punição/reparação correspondente. No âmbito empresarial, por exemplo, o infrator detém alto grau de racionalidade e, desta forma, calcula a quantidade de ganho com o risco de ser processado e condenado.

No caso desta tese, considerando a intangibilidade dos direitos humanos e a premissa de que estes não podem ser explorados, nem mesmo para resultados mais eficientes, na regulação da concorrência os incentivos serão para os agentes econômicos desenvolverem novas técnicas produtivas ou a governança das existentes, com o intuito de extirpar o abuso de direitos humanos da sua cadeia produtiva. Caso contrário, se perpetuada a infração, os ganhos de mercado decorrerão da aderência ao jogo ilícito.

Considerando que as vantagens não compensadas se revertem em favor do infrator, com ganhos de poder de mercado e possibilidade de eliminação/redução dos concorrentes, todas com reflexos na comunidade (mercado, trabalhadores, meio ambiente e, inclusive, nos consumidores), certamente deverá ocorrer a intervenção, administrativa e/ou judicial, para pôr fim aos atos reprováveis na cadeia produtiva que formam os preços e às práticas predatórias de preços. Por consequência, a partir das multas e indenizações, surgirão incentivos econômicos para uma readequação ética do comportamento empresarial em face dos direitos humanos.

⁴⁴¹ PAMPLONA, Danielle Anne; SILVA, Ana Rachel Freitas da Silva. Os princípios orientadores das Nações Unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços? *In*: BENACCHIO, Marcelo (coord.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. Curitiba: Editora CRV, 2016. p. 152

Nestes termos, a regulação concorrencial de comando e controle⁴⁴² atenderá aos fins Constitucionais da atividade econômica, sendo o mercado o mecanismo de decisão econômica mais idôneo e apto para gerar a melhor alocação dos recursos e assim permitir a maximização das necessidades da coletividade.⁴⁴³ Por esta perspectiva econômica, ter-se-á a possibilidade de imposição de um custo indesejável⁴⁴⁴ ao infrator por meio da reparação dos danos causados (cíveis), além de outras medidas possíveis, o que induzirá a retomada de um comportamento socialmente desejável e ético⁴⁴⁵, na medida em que imporiam um custo indesejado para a atividade econômica do infrator e, desta forma, eliminaria as falhas de mercados, gerando um bem-estar geral.

Isto concluído, a presente tese avança sobre a atividade econômica pelas lentes do seu vínculo com a proteção dos direitos humanos e a respectiva aderência às regras do direito concorrencial, para analisar se as empresas que realizam suas atividades com abuso de direitos humanos praticam atos anticoncorrenciais, com a possibilidade deste instituto servir com dupla finalidade socioeconômica, de um lado para impor um custo indesejável (econômico e moral) aos infratores visando reestabelecer um comportamento socialmente desejável e ético e, de outro, serve para reparar os danos aos concorrentes através das vantagens ilícitas e não compensadas.

⁴⁴² “O exercício do poder regulador pode revestir a forma de regulação de ‘comando e controlo’, ou assumir um cariz mais flexível. A primeira adequa-se, essencialmente, a áreas relativamente às quais imperativos de natureza sócio-económica a justificam e apelam para uma definição de comandos de condutas precisos, dotados de generalidade e de coercibilidade. A regulação flexível tende a desenvolver-se no quadro de organizações dotadas de maior autonomia, onde a necessidade de cooperação com os sectores regulados para obtenção de informação e o estreito contacto pessoal entre intervenientes neste processo conduzem, no limite, a uma ‘regulação negociada’, potencialmente propiciadora de fenómenos de captura dos reguladores”. [...] Assim, a regulação consiste no uso do poder de coacção para restringir as decisões dos agentes económicos”. FREIRE, Maria Paula Vaz. **Eficiência e restrições verticais – Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Portugal, AFFDL, 2008. p. 26-27.

⁴⁴³ MONCADA, Luiz S. Cabral de. **Direito Económico**. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2018. p. 438.

⁴⁴⁴ “Se os custos de transação forem definidos, não apenas como custos de informação e de comunicação, integrando-se também nesse conceito os custos decorrentes do parasitismo e dos comportamentos estratégicos, as barreiras às transações, denominadas como custos, correspondem em síntese, ao enquadramento institucional com que as partes se defrontam. Sob esta perspectiva de custos de transação, ao ser alcançada a contratualização da transferência de direitos, já foram tidos em conta factores estratégicos, pelo que a concepção de Coase continua a manter a sua plena validade. Por outras palavras, a percepção dos incentivos, ou a falta deles, para assumir um compromisso credível é também um custo que os indivíduos equacionam e com que se confrontam, ao configurarem as suas transações”. FREIRE, Maria Paula Vaz. **Eficiência e restrições verticais – Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Portugal, AFFDL, 2008. p. 794.

⁴⁴⁵ “O capitalismo de livre-iniciativa tem de estar enraizado em um sistema ético baseado na criação de valor para todos os stakeholders. O dinheiro constitui uma medida de valor, mas certamente não é a única”. MACKAY, John; SISODIA, Raj. **Capitalismo consciente: como libertar o espírito heroico dos negócios**. Tradução de Rosemaria Zeigelmaier, 1 ed., 4 impressão, São Paulo: HSM Editora, 2013. p. xi.

3 A PROTEÇÃO (IN)DIRETA DOS DIREITOS HUMANOS PELO DIREITO CONCORRENCIAL

Os princípios orientadores para empresas e direitos humanos, elaborados pelo RESG John Ruggie e aprovado pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, implementa o programa “proteger, respeitar e reparar”⁴⁴⁶ que tem o intuito de demonstrar como os Estados e as corporações devem cumprir o programa da ONU e os três pilares fundamentais, que servem como guia para os Estados e as empresas no que tange ao *modus* de promoção e proteção dos direitos humanos nas atividades corporativas.⁴⁴⁷

Estes princípios desempenham um papel na orientação global "que contribuirá para melhorar padrões e práticas que dizem respeito aos negócios e aos direitos humanos e, assim, contribuem para uma globalização socialmente sustentável, sem encerrar qualquer outro desenvolvimento de longo prazo, incluindo o aprimoramento das normas".⁴⁴⁸ Os pilares *Proteger, Respeitar e Remediar* se aplicam às corporações, fornecendo recomendações para a sua implementação⁴⁴⁹, orientando-as à não violação dos direitos humanos no curso de suas atividades e a reparação adequada quando isto acontecer.⁴⁵⁰

Nada obstante, para o direito internacional dos direitos humanos, cumpre aos Estados o dever de prevenir, monitorar ou remediar os abusos cometidos por empresas, enquanto às empresas remanesce, tão somente, uma responsabilidade moral de respeitá-los. Desta forma, as

⁴⁴⁶ Human Rights Council, ‘**Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights**’. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, John Ruggie, UN Doc. A/HRC/8/5, 7 abr. 2008.

⁴⁴⁷ a) o dever do Estado de evitar abusos aos direitos humanos por parte de terceiros, incluindo as empresas, por meio de políticas, regulamentos e julgamentos apropriados; b) a responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos, realizando auditorias para o fim de evitar violações a direitos de outrem e abordar os impactos negativos com os quais as empresas se envolvem; e c) a necessidade de maior acesso das vítimas à reparação efetiva por meio de ações judiciais: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5 ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, Método, 2018.

⁴⁴⁸H.R.C. Res. 17/4, ONU. Notícias, ONU. O Conselho de Direitos Humanos endossa princípios para garantir que as empresas respeitem os direitos humanos (16 de junho de 2011), <https://news.un.org/en/story/2011/06/378662>.

⁴⁴⁹ Human Rights Council, ‘**Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights**’. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, John Ruggie, UN Doc. A/HRC/8/5, 7 abr. 2008, §4.

⁴⁵⁰ Human Rights Council, ‘**Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights**’. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, John Ruggie, UN Doc. A/HRC/8/5, 7 abr. 2008, §4.

organizações internacionais deixam para os Estados, internamente, o dever de elaborar suas próprias medidas para esta finalidade para impedir e/ou mitigar seus impactos.⁴⁵¹

Esta perspectiva é tida por John Ruggie ao compreender que embora as corporações possam ser consideradas organismos da sociedade, são órgãos econômicos especializados, não instituições democráticas de interesse público. Como tal, suas responsabilidades não podem e não devem simplesmente espelhar os deveres dos Estados.⁴⁵² A responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos é caracterizada como a "responsabilidade básica", que é a expectativa básica para todas as empresas em todas as situações.⁴⁵³ E o respeito aos direitos humanos, significa essencialmente não infringir os direitos dos outros - simplificando, para não praticar nenhum dano.⁴⁵⁴

Diante disto, a quintessência do quadro *Proteção, Respeito e Remediar* estabelece que atores não estatais desempenham um papel crucial e central na facilitação do acesso da humanidade aos direitos humanos fundamentais. No entanto, por meio de um olhar atento aos sinais relevantes do mercado, revela-se que, na realidade, as práticas empresariais de corporações com fins lucrativos muitas vezes colocam em jogo a promoção dos direitos humanos em vez de mobilizar apoio aos princípios universais. Os agentes econômicos valem-se de poderio econômico que, ao longo dos anos, permite-lhes esquivar-se do cumprimento das leis e da efetiva reparação e compensação de externalidades, no máximo arcando com multas irrisórias se comparadas ao lucro aferido com a usurpação do bem coletivo. E assim esses agentes atuam continuamente, a partir de uma prática predatória ou reprovável na formação do preço, comercializando produtos e prestando serviços a preços inferiores aos de seus

⁴⁵¹ "In general, the Guiding Principles state that corporate responsibilities to respect human rights are voluntary and, therefore, not necessarily a legal enforcement as demands on business entities is to be expected. Because the obligations within the Guiding Principles can be seen more like social expectations rather than moral obligations, it would be necessary to guarantee such principles by national law." WERHANE, Patricia H, **Corporate Moral Agency and the Responsibility to Respect Human Rights in the UN Guiding Principles: Do Corporations Have Moral Rights?** 1 Business and Human Rights Journal 5, Cambridge University Press: 13 November 2015. p. 6.

⁴⁵² Human Rights Council, '**Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights**'. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, John Ruggie, UN Doc. A/HRC/8/5, 7 abr. 2008, § 53.

⁴⁵³ Human Rights Council, '**Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights**'. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, John Ruggie, UN Doc. A/HRC/8/5, 7 abr. 2008, §§24, 54.

⁴⁵⁴ Human Rights Council, '**Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights**'. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, John Ruggie, UN Doc. A/HRC/8/5, 7 abr. 2008, §24.

concorrentes – o que é possível mediante a redução de seus custos com a violação da dignidade da pessoa humana –, ganhando participação de mercado, realizando atos de concentração que resultam no aumento de seu poder econômico.

Relativamente à proteção dos direitos humanos por empresas, foi visto que inexistente no ordenamento jurídico brasileiro uma legislação específica e suficientemente abrangente para permitir a aplicação de sanções (concorrenciais ou não) aptas à modificar condutas que abusem de direitos humanos na cadeia produtiva, o que gera externalidades negativas para toda a sociedade (vítimas, consumidores e, inclusive, para os concorrentes, estabelecendo um círculo vicioso e irreversível para o bem-estar da coletividade). Com a impunidade do agente violador, este “recebe” incentivos para perpetuar suas práticas, pois as “companhias que guiam suas decisões puramente pelo lucro não são compelidas a mudar de postura, exceto se uma justificativa econômica lhes for apresentada”.⁴⁵⁵

Um dos objetivos pragmáticos da ciência econômica é o de, através da observação de variações nos custos marginais e nos benefícios marginais, chegar à previsão da evolução das escolhas e das condutas em resposta a modificações nos incentivos. [...]. É por isso, por exemplo, que quando a Economia analisa o Direito, ela tenta fazer ressaltar a estrutura de incentivos que o Direito põe em marcha, procurando sublinhar as consequências que decorrem da alteração das condutas em resposta a esses incentivos – evidenciando os critérios de racionalidade do acatamento e da violação das normas). [...]. A ênfase nos incentivos – sublinhemo-lo de imediato – é também a ênfase na liberdade, a convicção de que as pessoas são capazes de alcançar sem constrangimento certas finalidades, desde que sejam criadas motivações adequadas – sob forma de ganhos e perdas associados às opções livremente disponíveis a cada agente.⁴⁵⁶

A “tolerância” sobre tais práticas acabam por gerar incentivos aos demais concorrentes que, buscando vantagens competitivas no mercado, se utilizam das mesmas práticas ilícitas, sobretudo quando se deparam com a perspectiva de ausência de penalidades. Assim, embora exista um imperativo inabalável de proteção dos direitos humanos, algumas práticas corporativas aliadas às deficiências estruturais podem impulsionar, cada vez mais, a sua deterioração, de modo que preocupações reais ou potenciais devem ser direcionadas às

⁴⁵⁵ PAMPLONA, Danielle Anne; SILVA, Ana Rachel Freitas da Silva. Os princípios orientadores das Nações Unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços? *In*: BENACCHIO, Marcelo (coord.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. Curitiba: Editora CRV, 2016. p. 152

⁴⁵⁶ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3 ed., 5 reimp. Portugal: Almedina, 2007. p. 45.

empresas que violam tais direitos, que capturam e maximizam o lucro, subjungando sua responsabilidade corporativa básica para respeitar os direitos humanos.⁴⁵⁷

A ausência de normas de direito material com raiz de *jus cogens* - coercitivas - demonstram ser uma das principais causas de retardamento da adoção de práticas empresariais socialmente desejáveis, no entanto, isso não significa que o direito interno pode escapar de impor uma tutela e implementá-la perante as empresas, incentivando novas condutas em prol de um novo e positivo viés para o mercado. Esta solução de problemas coletivos mediante contratos privados ou direito público interno é reconhecida há muito tempo por economistas e teóricos dos jogos, que reconhecem a dependência das relações privadas às obrigações válidas e possíveis de efetivação para que todos os jogadores não falhem⁴⁵⁸, ou seja, para que não participem da corrida anticompetitiva da predação jurídica.

A resposta para proteção dos direitos humanos contra abusos de empresas e obtenção de vantagens anticompetitivas se encontra, sem prejuízo de outras frentes, na sua inclusão regulatória, sujeitando os concorrentes a aplicação das regras cujas obrigações lhe sejam executáveis e sujeitas às penalidades cabíveis. Esta perspectiva de conexão entre os direitos humanos e as regras comerciais, em um sistema conformador, concretiza o estudo do direito convencional e constitucional, despertando uma perspectiva inovadora ao direito empresarial-concorrencial, inserindo nas relações econômicas um elemento ético⁴⁵⁹ ao comportamento dos agentes.

⁴⁵⁷ YOO, Kwanghyuk. **Interaction of Human Rights Law and Competition Law: The Right to Access to Medicines and Consumer Welfare in the U.S. Pharmaceutical Sector.** Vermont Law Review, Vermont, EUA, Vol. 43:123, Fall 2018. p. 149-150.

⁴⁵⁸ LANGILLE, Brian Alexander. Para que serve o direito internacional do trabalho? **Revista de Direito do Trabalho.** São Paulo, a. 33, n. 127, p. 175-204, jul./set. 2007. p. 187-188.

⁴⁵⁹ “Talvez se pudesse admitir no economista, como pessoa, uma módica dose de cordialidade, contanto que em seus modelos econômicos ele mantivesse as motivações dos seres humanos puras, simples e práticas, não estorvadas por coisas como a boa vontade ou os sentimentos morais. Embora essa concepção de economia seja amplamente acalentada (e não sem razão, considerando o modo como evoluiu a economia moderna), existe ainda assim algo de extraordinário no fato de a economia haver de fato evoluído dessa maneira, caracterizando a motivação humana nesses termos tão espetacularmente restritos. Uma razão dessa singularidade é que a economia supostamente se ocupa de pessoas reais.” SEN, Amartya. **Sobre ética e economia.** 1 ed. 9 reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 17-18.

O comportamento ético do agente se admite a partir da crítica metodológica feita por Amartya Sen ao conceito de racionalidade⁴⁶⁰ como um comportamento real maximizador do autointeresse⁴⁶¹, que não se confundiria com o fato de a racionalidade invariavelmente requerer a sua maximização neoclássica, sendo indevido igualar a maximização do autointeresse à racionalidade e identificá-la como comportamento real-racional do agente, o que de outro lado, não significa um comportamento altruístico constante⁴⁶², pois a metavisão objetivista da ética, pode coexistir com uma ética substantiva que inclui entre os objetos valiosos a capacidade da pessoa de obter o que ela de fato valoriza; todavia, obter ou ser capaz de obter o que se valoriza (o lucro) não impede que outras coisas possam ser valorizadas, como por exemplo a felicidade, o bem-estar, a liberdade, entre outros objetivos que esta pessoa possa ter e também desejar para a coletividade. Assim, uma pessoa pode sentir-se feliz e próspera em consequência de ter obtido o que deseja para si, sua família ou para a comunidade, entre outras, não residindo e, reduzindo-se, no bem-estar individual.⁴⁶³ As proclamações de direitos humanos, por serem declarações éticas realmente fortes sobre o que *deve* ser feito, indicam que atitudes devem ser adotadas para a sua concretização, podendo provir de pessoas ou de instituições, como comentários individuais ou enunciados sociais.⁴⁶⁴

⁴⁶⁰ “As teorias económicas individualistas partem do princípio de que os indivíduos são racionais – ou seja, têm conhecimento de todos os possíveis Estados do mundo no futuro, fazem cálculos complicados sobre a possibilidade de cada um desses Estados e sabem exatamente quais as suas preferências em relação a eles, escolhendo, por isso mesmo, a melhor ação para cada momento de decisão. [...]. O modelo económico individualista pressupõe um tipo de racionalidade que ninguém possui – Hebert Simon chamou-a <racionalidade olímpica> ou <hiperracionalidade>. [...]. De forma muito simples, o problema é que os seres humanos não são muito racionais – ou que possuem uma racionalidade limitada. [...]. As nossas decisões são demasiado influenciáveis pelos instintos e pelas emoções [...]. Regra geral trabalhamos com um sistema de pensamento intuitivo e heurístico (por atalhos), o que tem como resultado um raciocínio lógico medíocre. Acima de tudo, confiamos excessivamente na nossa racionalidade. CHANG, Ha-Joon. **Economia: Guia do Utilizador**. 1 ed., Lisboa: Clube do Autor, 2016. p. 162-163.

⁴⁶¹ “As teorias económicas individualistas partem do princípio de que os indivíduos são egoístas. Quando a par do pressuposto de racionalidade, a conclusão é que devemos deixar os indivíduos agirem a seu bel prazer; eles sabem o que é melhor para eles e como alcançarem os seus objetivos. [...]. O egoísmo em si é definido de modo demasiado simplista, com o pressuposto implícito de que os indivíduos são incapazes de reconhecer as consequências sistémicas a longo prazo das suas ações. [...]. Por vezes somos apenas generosas. As pessoas preocupam-se com os outros. [...]. Só quem está cego com a crença no modelo do indivíduo egoísta é que o tentará ignorar. Os seres humanos são complicados. Sim, a maioria das pessoas é egoísta durante grande parte do tempo, mas elas também são movidas pelo patriotismo, pela solidariedade entre classes, pelo altruísmo, pelo sentido de equidade (ou pela justiça), pela honestidade, pela dedicação a uma ideologia, pelo sentido de dever, pelo sentido de sacrifício, pela amizade, pelo amor, pela busca da beleza, pela curiosidade, e por muito, muito mais”. CHANG, Ha-Joon. **Economia: Guia do Utilizador**. 1 ed., Lisboa: Clube do Autor, 2016. p. 161-162.

⁴⁶² SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. 1 ed. 9 reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 31-37.

⁴⁶³ SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. 1 ed. 9 reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 54-63.

⁴⁶⁴ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. 1 ed., 3 reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 392-394.

Considerando a intersubjetividade dos direitos humanos de todos e da interpenetração entre liberdade e igualdade por meio de critérios de justiça social, traduzindo-se em uma ação conformadora que a deontologia do direito constitucional deve exercer sobre todas as esferas do ordenamento jurídico, inclusive na regulação das relações privadas (incluindo as interempresariais que resultam no próprio mercado e ambiente concorrencial), deve-se buscar o arcabouço teórico para delinear a sua influência sobre o direito concorrencial e sua vocação para regulação incluindo os pressupostos dos direitos humanos.

Para se permitir visualizar esta nova perspectiva e compreender a interação dos direitos humanos com a livre concorrência, por meio da revisão bibliográfica e documental, da literatura nacional e estrangeira, é necessário iniciar abordando a função do antitruste⁴⁶⁵, seus objetivos e finalidades, e, após, (re)estabelecer sua conexão aos objetivos, princípios e valores perseguidos pela ordem econômica constitucional.

3.1 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: O PODER DE MERCADO, ESTRUTURAS E CONDUTAS

De início, cumpre contextualizar de que maneira o direito concorrencial se encontra proposto na legislação brasileira. Esta contextualização é apresentada de maneira objetiva e consisa e serve para retratar o sistema brasileiro de defesa da concorrência de modo a permitir que, em seguida, se estabeleçam críticas aos seus pressupostos com o intuito de debater a sua permeabilidade aos postulados de direitos humanos na atividade empresarial e, respectivamente, na livre concorrência.

A lei n. 12.529/2011 introduziu profundas alterações no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), nas suas principais áreas de atuação: análise de estruturas, condutas e no exercício da advocacia da concorrência. São avanços que se deram na esfera institucional e, também, nas questões de direito material em relação à lei 8.884/1994, abrindo novos

⁴⁶⁵ Registrasse que a revisão bibliográfica que se propõe sobre os objetivos, princípios e valores que fundamentam o direito concorrencial, os quais autorizam a confluência com os princípios e valores constitucionais voltados à proteção e promoção dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, não deve ser feita de forma pormenorizada e exaustiva, mas, sim, de maneira didática para permitir a contextualização desta discussão com a perspectiva de intervenção do Estado na economia para os fins de tutelar a concorrência, sendo demonstrada a influência e interpretação prática dos seus postulados na atualidade, cujo intuito é demonstrar o avanço pretendido em relação ao estado da arte.

caminhos para que a política brasileira de defesa da concorrência avance além da esfera exclusivamente administrativa, com maior coordenação entre a repressão às infrações contra a ordem econômica na esfera penal e na esfera civil. Apesar de trazer relevantes alterações institucionais, se reconhece que a dificuldade de sua implementação, justamente em razão da herança ideológica que lhe foi atribuída. Para superar estas dificuldades, além de tudo o que foi já exposto, recobra-se a opção por um desenho institucional específico que leva em consideração as escolhas entre diferentes formas de concretizar e harmonizar três grandes objetivos fundamentais que, por vezes, envolve interesses contrapostos que devem ser conciliados: “promover o adequado e eficiente cumprimento da função pública, controlar o exercício da atividade estatal em vista do respeito aos direitos e garantias individuais e legitimar a atuação estatal face às necessidades de interferência dos indivíduos no desempenho da autoridade”.⁴⁶⁶

Para atender a estes objetivos, espelhou os fundamentos do artigo 170 da Constituição, estabelecendo uma economia pautada nos princípios da soberania econômica nacional, propriedade privada e de sua função social, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e do tratamento favorecido das pequenas empresas. A política de defesa da concorrência assume objetivos que não raramente extrapolam o conceito de eficiência econômica, pois os princípios e as regras jurídicas do direito concorrencial decorrem dos pilares constitucionais que envolvem a promoção do bem-estar social, que pode ser atingido por meio da concorrência e, respectivamente, impõem o controle de condutas e estruturas de forma adequada ao funcionamento do mercado. No controle das estruturas de mercado e condutas dos agentes econômicos, a legislação concorrencial visa controlar o poder econômico - uma condição econômica da empresa e a possibilidade desta intervir no mercado, mesmo quando detentora de uma pequena participação (*market share*) - de maneira a impor aos outros players condição tal que não consigam resistir à disputa⁴⁶⁷, agindo de forma indiferente ou com indiferença à

⁴⁶⁶ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiano Nogueira da Cruz. **A nova lei de defesa da concorrência: comentários sob uma perspectiva histórico-constitucional**. Revista do AGU, Brasília, n.19, p. 7-34, 2012. p. 19-21.

⁴⁶⁷ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 339.

existência do comportamento de outros agentes, pois não sofre maiores pressões de competidores.⁴⁶⁸⁴⁶⁹

Identificada a hipótese de poder de mercado, esta deve estar sujeita ao controle de sua própria estrutura ou de consequências para o mercado – como é o caso do controle das concentrações ou de seu comportamento no mercado, por meio da repressão ao abuso da posição dominante, que segundo o art. 36, §2º da Lei 12.529/2011, presumida sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante.

Com a entrada em vigor da nova lei, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Fazenda (Seae) passou a ser responsável pelas ações de advocacia da concorrência, sendo a responsável pela coordenação das atividades relativas à intersecção entre regulação e defesa da concorrência, concentrando-se nas discussões de marcos regulatórios *ex ante* e podendo se manifestar em qualquer caso de concentração econômica ou conduta anticompetitiva. É a Seae quem fica responsável por emitir opinião sobre as normas enviadas pelas agências reguladoras para consulta pública, elaborando estudos de avaliação da situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica, podendo propor a revisão de normativos que afetem a livre concorrência, para tanto, pode requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas.

Destarte, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) se consolida como a única agência responsável pela análise de fusões e aquisições, pelas investigações nos casos de repressão às infrações contra a ordem econômica e pelo julgamento dos casos, assim, as funções de investigação de casos de conduta, instrução de atos de concentração e decisão final passam a ser unificadas na autarquia do Cade. O Cade é composto por um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica – encarregado de julgar os atos de concentração e processos administrativos para apuração de infração à ordem econômica -, uma Superintendência Geral – com atribuição

⁴⁶⁸ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 269.

⁴⁶⁹ “O domínio de mercado deve ser entendido como um poder de agir. No aspecto ativo esse poder confere à empresa dominante a capacidade de influir sobre as outras empresas do mercado; no aspecto passivo, a empresa dominante não se deixa influenciar pelo comportamento das demais participantes do mercado. Dominar é, pois, poder adotar um comportamento independente das concorrentes, tornando-se apta para controlar o preço, a produção ou a distribuição de bens ou serviços de uma parte significativa do mercado, excluindo, assim, a concorrência”. CADE. Processo Administrativo 31, j. 06.10.1993, (Fiat x Transauto), RIBRAC, vol 2, n. 1, Voto da conselheira relatora Neide Terezinha Malard. P. 84.

para instruir os atos de concentração e os processos administrativos para apuração de condutas -, e um Departamento de Estudos Econômicos – responsável pela elaboração de estudos e pareceres econômicos, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões da autarquia-.

O Cade detém o poder de apurar a existência ou não de infrações cometidas por agentes econômicos em detrimento das prerrogativas de mercado estabelecidas pela ordem econômica constitucional, bem como, se for o caso, lhes aplicar sanções administrativas e/ou penais. No que se refere às ações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, a atuação se dá sob dois aspectos, o preventivo⁴⁷⁰ e o repressivo.

Ao contrário de outras agências reguladoras, o Cade não visa setores específicos, mas sim determinados comportamentos comerciais de empresas. O objetivo de sua intervenção é endereçar a formação e o abuso de poder econômico, que são manifestados, por exemplo, pelo aumento de preços, redução da quantidade ofertada no mercado e ausência de incentivos para inovação, em outras palavras, a definição teoricamente correta do “‘poder no mercado’ não é a possibilidade de aumentar os preços, mas, sim, a possibilidade de escolher entre essas diferentes alternativas: grande participação no mercado e menor lucratividade, ou pequena participação e maior lucratividade”.⁴⁷¹ Desta forma, pode-se relevar a preocupação neoclássica de preço vs. bem-estar do consumidor, pois existem situações em que se demonstram brandas e tolerantes em relação à formação e manutenção do poder de mercado, a partir deste critério ‘eficiente’, o que enseja prejuízos de longo prazo que são decorrentes de uma análise ‘insuficiente’ de eficiência.⁴⁷²

O direito da concorrência, por sua enraizada perspectiva econômica, emprega o uso da evidência econômica na solução de casos antitrustes, seja na resolução de questões referentes a condutas anticompetitivas, quanto no controle de fusões. O uso da evidência inclui a apresentação de fatos econômicos que deem subsistências às alegações com (i) demonstração e

⁴⁷⁰ As ações preventivas encontram a regulação do art. 88 da Lei 12.529/2011, ao determinar que os atos estruturais que possam representar concentração econômica devem ser submetidos ao Cade, pois passíveis de infração à ordem econômica, nos termos que são tipificados pelo art. 36 da lei antitruste, por exemplo: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; e IV – exercer de forma abusiva a posição dominante. BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em 05 ago. 2021.

⁴⁷¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 98-99.

⁴⁷² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 99.

cálculo para ressarcimento de danos; (ii) identificação de mercado relevante e poder de mercado; (iii) avaliação de efeitos competitivos de condutas e fusões; e (iv) estudo de mercados específicos com objetivo de identificar condutas anticompetitivas.⁴⁷³ Segundo a OCDE, os estudos de mercado podem ser uma ferramenta estratégia das autoridades antitruste, pois (i) desempenham uma função importante para a sociedade por refutar alegações de conduta anticompetitiva quando, por exemplo, os preços sobem como um resultado de rupturas de abastecimento e não por causa de uma estratégia empresarial ilícita, aplicando ou não, restrições no mercado quando se prejudicam os consumidores; (ii) com o estudo de mercado concluído, suas recomendações passam a ter maior probabilidade de aumento do bem-estar dos consumidores e da eficiência econômica.

Desta maneira, a intervenção do Estado no controle do poder econômico se apresenta como uma garantia contra infrações à ordem econômica, impedindo que a grande empresa criada artificialmente⁴⁷⁴, por exemplo, por uma estrutura, altere o mercado e obtenha vantagens em relação à concorrência. Assim, o direito da concorrência tem como objeto o seu controle, tanto por meio de uma atuação estatal preventiva, com foco em estruturas, como por meio de uma ação estatal repressiva, com foco nas condutas.⁴⁷⁵ É por meio da aplicação simultânea e conjunta de ambos os sistemas (controle estrutural e comportamental) “que a proteção da concorrência ganha eficácia. Essa relação simbiótica leva a importantes complementariedades e esferas parcialmente coincidentes de aplicação que geram, por vezes, dúvidas explicativas”.⁴⁷⁶ Assim, cumpre apresentá-las, sem pretensão de exaustão, de maneira que se possa endereçar a crítica sobre as reais finalidades do direito antitruste e, respectivamente, do seu órgão de controle.

⁴⁷³ Segundo a OCDE, os estudos de mercado podem ser uma ferramenta estratégia das autoridades antitruste, pois (i) desempenham uma função importante para a sociedade por refutar alegações de conduta anticompetitiva quando, por exemplo, os preços sobem como um resultado de rupturas de abastecimento e não por causa de uma estratégia empresarial ilícita, aplicando ou não, restrições no mercado quando se prejudicam os consumidores; (ii) com o estudo de mercado concluído, suas recomendações passam a ter maior probabilidade de aumento do bem-estar dos consumidores e da eficiência econômica. OECD. **Policy Roundtables. Market Studies.** Competition Committee. 2008. p. 6 e ss.

⁴⁷⁴ “Para que fique claro, o controle de estruturas previne os efeitos anticompetitivos pelo exame preventivo de atos que gerem uma concentração excessiva. Isso não impede, entretanto, que uma empresa cresça de forma orgânica, ampliando sua parcela de mercado por méritos próprios de eficiência econômica, o que é permitido. A economia de mercado incentiva que empresas eficientes ampliem seu Market-share por crescimento orgânico, isto é, de dentro para fora em oposição a um crescimento por via de aquisição de empresas concorrentes”. SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência.** Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 9.

⁴⁷⁵ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência:** pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 113-114.

⁴⁷⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 283.

3.1.1 Controle de estruturas

O controle de estruturas visa preservar as condições estruturais de concorrência no mercado. Trata-se de uma forma preventiva de ação das autoridades antitruste. Ao realizar este controle, examina-se se o crescimento de uma empresa por meio de fusões e aquisições pode ou não aumentar a sua capacidade de impor unilateralmente preços mais elevados nos mercados afetados. O ordenamento jurídico, por meio da Cade, tem por objetivo assegurar que as operações de fusões e aquisições só sejam autorizadas quando ficar comprovado que essas operações aumentam a produtividade ou a competitividade, melhorem a qualidade de bens ou serviços ou propiciem eficiência e o desenvolvimento tecnológico, repassando aos consumidores parte relevante dos benefícios. O controle do ato de concentração pode ocorrer de forma prévia (*ex ante ou a priori*), antes que o ato seja implementado na prática, ou posterior (*ex post ou a posteriori*), quando feito após os efeitos jurídicos da operação.⁴⁷⁷

No Brasil, o sistema adotado pela lei 12.529/2011 é o de controle prévio dos atos de concentração, significa que as grandes operações de concentração devem aguardar a autorização do Cade para que possam produzir efeitos jurídicos, ou seja, ficam suspensas durante todo o período de análise concorrencial. Ao atuar preventivamente, impede a formação de estruturas empresariais que possam criar obstáculos à concorrência. O controle estrutural é importante para garantir mercados competitivos e eficientes, pois: (i) fusões levantam questões inevitáveis para a sanidade do mercado concorrencial através da remoção de concorrentes independentes do mercado. Portanto, a questão não é se o mercado estará em risco, mas, sim, o tamanho do risco. O risco decorre da diminuição da pressão competitiva entre as empresas na indústria, redução no potencial de escolha de produtos e variedade, e na probabilidade de inovação, devido à diminuição do número de abordagens diferentes no binômio produto/processo de desenvolvimento; (ii) as fusões requerem capacidade financeira e não possuem como premissa o requerimento de ganhos de *skill, foresight, and industry*. Não há obrigatoriedade ou presunção de nova estratégia e, portanto, incremento automático na

⁴⁷⁷ SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 9-10. O autor complementa. “O sistema *ex post* tem vantagem de não atrasar a implementação de fusões e aquisições, mas o inconveniente da dificuldade de ‘desfazer’ as operações eventualmente reprovadas em razão de problemas concorrenciais. É o que se chama de *unscramble the scrambled eggs*. O sistema *ex ante* é adotado pela maior parte das jurisdições, inclusive no Brasil, sendo considerado mais moderno e efetivo em termos de política de defesa da concorrência”.

atividade produtiva. Ao contrário, a introdução de um novo produto, modelo de distribuição ou a construção de uma nova fábrica tem muito mais probabilidade de aumentar a produtiva; (iii) a evidência empírica majoritária demonstra que as fusões têm baixa taxa de sucesso concorrencial, pois diversos estudos demonstram que a maioria das fusões não atendem expectativas de ganho concorrencial para a coletividade, visto que os lucros são, em sua maioria, capturados pelo vendedor e não pelos consumidores; (iv) as fusões entre pequenas empresas possuem maior possibilidade de incrementar ganhos de produtividade do que fusões entre líderes. Assim, quando uma grande empresa compra uma pequena e a integra na sua estratégia, existem grandes ganhos de produtividade são possíveis, diferente das fusões entre grandes empresas em que tais benefícios nem sempre são possíveis e, ainda, tem grande probabilidade de eliminar os principais concorrentes do mercado.⁴⁷⁸

O objeto do controle estrutural atende a um duplo critério, que combina o parâmetro do faturamento exigido de todos os participantes (art. 88), com a necessidade da existência do ato de concentração (art. 90). As hipóteses de atos de concentração são identificadas pelo art. 90 da Lei, e todos têm em comum o fato de se basearem na ideia de reunião, aumento ou transferência de ativos empresariais ou poder de comando, este compreendido como qualquer forma de influência decisiva na condução dos negócios. Ainda, os atos de concentração podem ser classificados em três gêneros⁴⁷⁹ e em quatro grandes grupos: (i) operações de compenetração societária (*mergers*), que envolvem a criação ou extinção de pessoas jurídicas (ex.: fusão e incorporação); (ii) aquisições de controle, por qualquer forma; (iii) aquisição de ativos; (iv) contratos associativos *lato sensu*, de que são espécies consórcios e joint ventures.⁴⁸⁰

Com relação ao ato de concentração, por sua vez, existem dois critérios principais para estabelecer se devem ser notificados a uma autoridade da concorrência: “(i) participação de mercado (*Market-share*) e (ii) faturamento, ambos relativos às empresas envolvidas na

⁴⁷⁸ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiano Nogueira da Cruz. **A nova lei de defesa da concorrência: comentários sob uma perspectiva histórico-constitucional**. Revista do AGU, Brasília, n.19, p. 7-34, 2012.

⁴⁷⁹ (i) Atos de concentração horizontais, que ocorrem entre empresas que atuam em um mesmo segmento da cadeia de valor de determinado produto ou serviço, portanto, concorrentes; (ii) atos de concentração verticais, que ocorrem entre empresas que ocupam distintos níveis em uma cadeia produtiva de bens ou serviços, não são concorrentes, mas atuam de forma complementar na cadeia de valor; atos de concentração conglomerados, que ocorrem entre empresas que ofertam produtos ou serviços que se relacionam entre si, mas que não fazem parte de um mesmo mercado relevante nem de uma mesma cadeia produtiva. SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 29-31.

⁴⁸⁰ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 121.

operação. Há, ainda, um terceiro, atualmente em alta na comunidade global da concorrência, baseado no (iii) valor da transação da operação”.⁴⁸¹

(i) Sobre o critério da participação de mercado (*Market share*), que estabelece que os atos de concentração que resultarem em participação conjunta de mercado superior a determinado percentual do mercado, devem ser notificados à autoridade da concorrência, todavia, a definição de mercado relevante pode ser considerada a parte mais difícil no processo de análise de um ato de concentração, haja vista os diferentes cenários e forças de mercado. Nada obstante, nada impede que a jurisdição adote ambos os critérios, de forma cumulativa ou alternativa, a exemplo da Lei 8.884/1994, que já adotava ambos os critérios, alternativamente; Decorre da lei que o mercado relevante estabelece os limites geográficos e relativos ao tipo de produto e, em seguida, a verificação da participação percentual do agente econômico nesse mercado. É uma medida que serve para aferir o poder já existente e, também, o que virá a existir no futuro em função da concentração, levando em conta a dimensão substancial (dos produtos), geográfica e a temporal.⁴⁸² (ii) Os parâmetros de faturamento foram fixados pela Portaria Interministerial n. 994/2012, que fixou em R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais)⁴⁸³, podendo ser flexibilizados para efeitos de um excepcional controle *ex post* previsto no art. 88, §7º da Lei antitruste;⁴⁸⁴ (iii) o volume de negócios não foi estabelecido objetivamente pela legislação, mas pode ser caracterizado nas situações em que, cumulativamente ou alternativamente, (a) objetivam reforçar o *core business* da empresa, elevando seu significado econômico ou capacidade

⁴⁸¹ SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 10-11.

⁴⁸² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 108-109.

⁴⁸³ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). Os valores dos incisos I e II foram posteriormente alterados por portaria para, respectivamente, R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais).

⁴⁸⁴ “[...], mesmo que uma operação não preencha os critérios de submissão ao CADE, é facultado à autoridade de defesa da concorrência, nos termos do art. 88, §7º, da Lei, requerer a submissão dos atos de concentração no prazo de 1 (um) ano, contado a partir da data da sua consumação. Isso, por exemplo, pode ocorrer em mercados considerados pelo CADE concorrencialmente sensíveis, e por características desse mercado, muitas vezes o adquirido não possui faturamento no patamar legal. Exemplo de possível incidência de tal aplicação é o mercado de tecnologias, no qual start-ups que não atingem o faturamento de R\$ 75 milhões são adquiridas por empresas que superem o faturamento de R\$ 750 milhões”. BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 386.

econômica; (b) impliquem em vantagem competitiva para a empresa que conta com determinado recurso econômico; e/ou (iv) reflitam diretamente nas atividades das empresas integrantes do grupo, de modo a afetar a oferta de produtos e serviços das respectivas empresas.⁴⁸⁵

A análise regulatória de um ato de concentração se dá pela (i) definição de mercado relevante; (ii) exame dos níveis de concentração de mercado; e (iii) probabilidade de exercício de poder de mercado. Caso a análise demonstre que a operação irá incrementar a capacidade da empresa fusionada de exercer poder de mercado unilateralmente, a autoridade deverá realizar o cotejo com eventuais eficiências alegadas pelas empresas: se o saldo for negativo, a operação deve ser reprovada ou remediada; se o saldo for positivo a operação deve ser aprovada sem restrições, em virtude dos “efeitos líquidos não negativos”, observado o disposto no art. 88, §6º da Lei 12.529/2011, que estabelece os limites estritamente necessários para permitir um ato de concentração, que devem atingir os seguintes objetivos, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e, por fim que sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.⁴⁸⁶

A etapa de definição de mercado relevante, como dito, impacta diretamente nos níveis de concentração de mercado e, por consequência, na probabilidade de um exercício abusivo de poder de mercado. O mercado relevante é a área sobre a qual se exercem efetivamente pressão competitiva sobre os produtos ou serviços que o compõem. Para aferição deste mercado, deve-se observar os níveis de concentração, que indicam o grau de participação detido. Presume-se que se a concentração somar menos de 20% (vinte por cento) de *market share*, não haverá

⁴⁸⁵ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 383.

⁴⁸⁶ SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 35-37.

problema concorrencial.⁴⁸⁷ No entanto, esta análise é relativa e depende do nível de concentração do mercado, que pode ser pré-operado com margens de concentração superiores. Se a concentração ocorrer em um mercado altamente concentrado, a análise deverá focar na probabilidade do exercício unilateral de poder de mercado, que requer variadas informações do mercado, obtidas mediante instrução processual que considerem cenários alternativos e contrafactuais, onde a probabilidade se faz pelas análises de (i) entrada (barreiras) e (ii) rivalidade existente no mercado (*players* pré-existentes com força e incentivos para reação à modificação de preços resultante do ato concentração); e, ainda, (iii) o exame de probabilidade do exercício coordenado de poder de mercado, que investiga se a redução do número de *players* pode elevar as chances de uma coordenação explícita (cartel) ou tácita entre as empresas remanescentes.⁴⁸⁸

Isto posto, preenchidos os requisitos legais para a submissão de uma operação (ato de concentração) ao Cade, este poderá (i) aprovar integralmente, quando se tratar de operação que não apresente qualquer efeito, ainda que potencial, anticoncorrencial; (ii) aprovar com restrições, estabelecendo ‘remédios’ estruturais ou comportamentais para mitigar os efeitos prejudiciais ao mercado; (iii) vetar, quando concluir que a operação não pode ser aprovada pelos danos ao mercado; ou (iv) não conhecer a operação, por não se tratar de submissão obrigatória.

Ao fim, ainda que o ato de concentração implique eliminação da concorrência em parte substancial do mercado relevante, criando ou reforçando uma posição dominante ou que dela possa resultar dominação de mercado relevante, mediante argumentos de defesa baseados em

⁴⁸⁷ O guia para análise de atos de concentração horizontal foi expedido pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001, com o objetivo de padronizar e sistematizar o exercício do controle de estruturas pelas 2 (duas) Secretarias (tendo sido adotado na prática, também, pelo CADE). O documento detalha as etapas que compõem a análise concorrencial de um ato de concentração, com indicação de sua utilidade e dos procedimentos necessários para sua realização. No entanto, o CADE já começou a elaborar uma sistemática e uma padronização próprias de análise de atos de concentração para o novo modelo de controle de estruturas. Em que pesem os esforços da autarquia nesse sentido, cumpre ressaltar, porém, a inexistência de outros guias de análise que, a exemplo do que ocorre em algumas autoridades estrangeiras, auxiliam no exercício da atividade preventiva de defesa concorrencial. A ausência de um guia para análise de atos de concentração vertical, por exemplo, na vigência da Lei nº 8.884/94 foi muito sentida, o que certamente se replicará no âmbito da Lei nº 12.529/2011. Com isso, o esforço da autarquia na sistematização e padronização de sua atuação no âmbito do controle de estruturas não deve se encerrar com a simples adaptação do guia para análise de atos de concentração horizontal para a nova realidade de defesa da concorrência, sendo imperativo também a expedição de outros documentos norteadores do exercício de suas atividades.

⁴⁸⁸ SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 37-38.

eficiências e na teoria da empresa insolvente (*failing firm*)⁴⁸⁹, o ato poderá ser autorizado, desde que sejam observados os limites necessários para atingir os seguintes objetivos, de maneira cumulada ou alternativa: (a) aumentar a produtividade ou competitividade; (b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; (c) propiciar eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e, desde que os benefícios decorrentes sejam repassados em parte relevante para os consumidores.⁴⁹⁰

Do que foi exposto, é possível perceber que o órgão antitruste, sob pressupostos neoclássicos, promove uma análise econômica e reducionista, em busca de vantagens exclusivamente econômicas (melhor preço para o consumidor). Neste sentido, se depreende que a eficiência econômica pode abrigar condutas e estruturas potencial ou efetivamente danosas à concorrência, sem que se façam compensações mínimas à garantia de reparação de prejuízos suportados por toda a coletividade, em completa desconexão com discussões estruturais, substantivas, relativas à complexa ordem econômica e seus objetivos fundantes.⁴⁹¹

Sendo assim, contrapondo os interesses meramente econômicos aos objetivos constitucionais, seria o caso de se ampliar a visão tradicional deste tema para incluir a consideração de outros valores sociais, especialmente relativos à dignidade da pessoa humana e a vida em coletividade, considerando que estes podem ser afetados por estruturas e condutas, em linha com as recomendações da *International Competition Network (ICN)*, no mínimo, para avaliar possíveis externalidades negativas dos atos de concentração e dirimir suas

⁴⁸⁹ “Argumenta-se pela aprovação de um ato de concentração, apesar de seus problemas concorrenciais, sob alegação de uma iminente saída da empresa do mercado por dificuldades financeiras graves. [...] Para que tal argumento em favor da operação seja aceito, requer-se, em geral, o atendimento a três requisitos cumulativos: (i) a empresa deve estar diante de um perigo iminente de falência, não bastando mera situação de dificuldade financeira; (ii) ausência de uma melhor solução em relação ao ambiente concorrencial, como possibilidade de reestruturação interna, ou inexistência de um comprador que pudesse resultar em uma menor concentração no mercado; e (iii) inevitabilidade de saída dos ativos da empresa em caso de reprovação do ato de concentração. SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 41-42.

⁴⁹⁰ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 393-395. No mesmo sentido SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 40: “Conforme se depreende, a necessidade de comprovação, cumulada ou alternativa, dos objetivos previstos nos incisos I e II do §6º do art. 88 da Lei do CADE só se faz necessária quando o Ato de Concentração em exame preencher os requisitos do §5º do mesmo dispositivo. Ou seja, a comprovação de eficiências só constitui condição sine qua non de aprovação de um Ato de Concentração quando se diagnostica que a Operação implica a eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que ela pode criar ou reforçar uma posição dominante ou, ainda, que ela pode resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços.

⁴⁹¹ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 23, 29-30, 41-42.

consequências, produzindo remédios eficientes (custos), eficazes (resultado) e efetivos (impacto) no seu controle.

3.1.2 Controle de condutas

No campo do controle dos comportamentos (condutas) se encontram, atualmente, as polêmicas econômicas mais relevantes.⁴⁹² No controle da concorrência, ao lado do controle de estruturas, a autoridade da concorrência, cumprindo o que dispõe o art. 173, §4º da Constituição, poderá reprimir condutas que vise à dominação do mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros. Neste sentido, a Lei 12.529/2011 pode ser aplicada às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam a atividade sob regime de monopólio.

Assim, infrações contra a ordem econômica são todas as condutas adotadas por agentes econômicos contrárias às relações da livre concorrência e capazes de alterar o equilíbrio em determinado mercado. A Lei antitruste não endereça condutas ilícitas em um rol taxativo, mas, sim, exemplificativo, acrescentando que a responsabilidade é solidária entre os agentes (arts. 32-33) e independe de culpa. O art. 36, de tipologia aberta, é considerado essencial para que se possa combater as infrações concorrenciais nas relações econômicas, apresentando um rol exemplificativo de “delitos-fim” nos incisos do caput. Quanto aos ‘meios’ necessários à consumação do delito e aperfeiçoamento do elemento objetivo do tipo, o legislador optou por indicar aos agentes econômicos alguns exemplos que estão dispostos no §3º, deixando em aberto que qualquer outra modalidade de conduta que venha a ser adotada poderá caracterizar infração contra a ordem econômica, desde que configure hipótese do art. 36 e seus incisos.⁴⁹³

Desta forma, mesmo quando não citado nos incisos do §3º do art. 36, o ato será considerado infracional desde que tenha “por objetivo” ou “por efeitos”, independentemente de intenção do agente, e mesmo que alcançado, as finalidades concretas dispostos nos incisos do *caput* do art. 36, quais sejam: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre

⁴⁹² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 285.

⁴⁹³ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020., p. 404-405.

concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

O sistema brasileiro, ao abordar infrações por objeto e por efeitos, é considerado híbrido, “aproveita o europeu no que tange à caracterização do ilícito pelo objeto ou efeito, mas supera tanto esta tradição quanto aquela norte-americana no que toca à tipificação dos atos”;⁴⁹⁴ por se considerar a impossibilidade de se contemplar objetivamente todas as condutas anticoncorrenciais possíveis de serem praticadas pelos agentes econômicos, o direito concorrencial permite a avaliação a partir dos efeitos negativos que presumivelmente podem causar, o que se denomina ilícito “por objeto” na Europa e ilícitos “per se” nos Estados Unidos (cartel é o exemplo de prática ilícita *per se* autorizado pelo ordenamento jurídico pátrio). Quando se faz necessário um exame mais detido da conduta apurada, de modo a identificar se a conduta resultou em efeitos negativos, é realizada a análise denominada de “ilícito por efeitos” na Europa e regra da razão nos Estados Unidos.

Esta constatação legislativa, que reflete na atuação regulatória do Cade, para parte da doutrina é uma “falha de técnica legislativa que a torna cientificamente caótica ao misturar conceitos contraditórios, seja de influência norte-americana, seja de tradição europeia, quanto pressupostos do direito econômico”.⁴⁹⁵ Contra a presunção da ilicitude, por exemplo, argumentam que a autoridade concorrencial não pode simplesmente punir o agente econômico pelo objeto da conduta, que segundo o juízo de valor da autoridade é, à princípio, uma infração à ordem econômica. Esta condição (ilícito por objeto) deve ser comprovada para punição do agente, não se podendo falar em infração econômica, se não houverem sido produzidos os efeitos anticoncorrenciais, sem prejuízo da defesa baseada em eficiências.⁴⁹⁶

⁴⁹⁴ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 136.

⁴⁹⁵ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 406. A crítica é melhor esclarecida: “[...] a mescla científica impede uma exegese coerente do diploma nacional e dá ensejo a toda sorte de interpretações ad hoc, muito a gosto da visão reguladora do Estado, que recebeu com alegria o suporte conservador da principiologia comunitária europeia, mais conservadora que a norte-americana e altamente politizada, mas que aqui se procurou aprimorar pelo controle sutil da atividade econômica privada”. FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. **Direito Concorrencial. Coleção Tratado de Direito Empresarial**. Vol. 7. Coordenação Modesto Carvalhosa. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016. p. 354. Sobre a incorporação da sistemática, vide FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 135-138; SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 64-66

⁴⁹⁶ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. **Direito Concorrencial. Coleção Tratado de Direito Empresarial**. Vol. 7. Coordenação Modesto Carvalhosa. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016. p. 363; 378.

As práticas anticompetitivas podem ocorrer, basicamente, por duas modalidades de condutas: as condutas coordenadas, quando há duas ou mais empresas envolvidas; e as condutas unilaterais, quando há apenas uma empresa envolvida na potencial conduta anticompetitiva apurada. Por exemplo, na perspectiva do abuso de direitos humanos por empresas, onde existe o dever de lhes proteger, respeitar e remediar na cadeia produtiva, a análise das condutas anticompetitivas, por si só, realça a convergência entre os objetivos dos sistemas.

As condutas ‘coordenadas’, podem ocorrer no âmbito horizontal de uma dada cadeia produtiva, quando envolvem concorrentes diretos; ou vertical, quando envolvem elos distintos, como na relação existente entre uma empresa fabricante e uma empresa revendedora desse produto. Cartel é o exemplo de condutas coordenadas em âmbito horizontal que são consideradas graves por envolverem concorrentes diretos.⁴⁹⁷ Na esfera de direitos humanos, todavia, as condutas colusivas podem se encontrar na predação jurídica praticada por empresas de mesmo setor, como é o caso do setor têxtil, onde grandes corporações promovem a competição através de práticas abusivas de direitos humanos relacionados aos direitos trabalhistas dos seus funcionários ou prestadores de serviços, prejudicando a livre concorrência.

As condutas podem ser unilaterais; ocorrem quando uma empresa, por conta própria, consegue abusar de sua posição dominante. Neste caso, o que se reprime é o abuso. Um exemplo tradicional seria da empresa que fornece um insumo essencial, portanto necessário para a atuação nos elos subsequentes da cadeia, e que atua de modo discriminatório com o propósito de fechar mercado e excluir determinadas empresas do mercado em prejuízo à concorrência de mercados correlatos.⁴⁹⁸

Em matéria de direitos humanos e empresas, condutas unilaterais praticadas com abuso de direitos humanos podem ser encontradas, por exemplo, no setor farmacêutico, intimamente associado ao direito humano à vida e a saúde, onde fabricantes detentores de tecnologia exclusiva para fabricação de um determinado medicamento resolvem aumentar o preço arbitrariamente.

Ou, ainda, nos setores de tecnologia, onde as grandes corporações como facebook e google, praticam atividades de monitoramento constante dos usuários, de forma incompatível com a liberdade de expressão, não discriminação e o direito à igualdade, pois acumulam dados

⁴⁹⁷ SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 67-68.

⁴⁹⁸ SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 68.

personais dos usuários para serem explorados comercialmente em suas próprias plataformas (*data mining*), impedindo a capacidade de as pessoas darem forma às suas próprias identidades.

Destarte, identificadas as condutas anticoncorrenciais, por meio do direito administrativo sancionador, o Estado deverá exercer seu papel e reprimi-las, sendo que as sanções e os acordos constituem elementos-chave para o sucesso de uma política de defesa da concorrência. As sanções visam reprimir os ilícitos apurados pelo Cade, enquanto os acordos podem ter diferentes objetivos, dependendo do escopo e do momento de sua propositura, por exemplo, o compromisso de cessação.⁴⁹⁹

Dentre as principais sanções encontra-se a multa pecuniária, que pode variar de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa, relativo ao ramo de atividade no qual ocorreu a infração, no ano anterior à instauração do processo administrativo; o cálculo compreende alíquota vs. base de cálculo, sujeita à atenuantes e agravantes previstas no art. 45 da lei, dentro da variação de 0,1% à 20%.⁵⁰⁰ Todavia, existem outras penalidades previstas no art. 37 da Lei 12.529/2011, como a publicação da decisão condenatória em jornais de grande circulação, proibição de participação em licitações públicas, proibição de exercer comércio, cisão societária e a venda de ativos e, no caso de cartel, a possibilidade de prisão na esfera penal.

Isto posto, verifica-se que o direito antitruste conta com aparato legislativo robusto para combater o controle de estruturas e condutas anticoncorrenciais no mercado, tendo dever de intervir quando houver exercício abusivo do poder de mercado a partir da análise dos comportamentos que possam, por objeto ou por efeitos, interferir na dinâmica concorrencial. Nada obstante, apesar dos postulados constitucionais, é grande a resistência na superação dos pressupostos de eficiência e bem-estar do consumidor - conforme veremos - por insuficiência avaliativa contribui para prejuízos estruturais de longo prazo em detrimento de toda a

⁴⁹⁹ SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 99-100.

⁵⁰⁰ Sobre a multa e sua base de cálculo: “Na prática, percebe-se que condutas colusivas, como cartéis, têm multas com alíquotas mais elevadas, geralmente entre 12 e 18%, enquanto as condutas unilaterais têm alíquotas na “banda de baixo”, entre 0,1 e 5%. Isso se deve principalmente em razão da gravidade da infração: como visto anteriormente, os cartéis representam a violação mais grave da ordem econômica, enquanto as condutas unilaterais se situam em fronteira tênue de ilicitude, muitas vezes resultantes de um excesso de agressividade por parte de uma empresa com posição dominante. [...] Com relação à base de cálculo da multa, trata-se da segunda variável central para cálculo da multa, juntamente com a alíquota. Em princípio, a base de cálculo corresponde a um valor fixo e predeterminado pela Lei 12.529/2011, em que pesem as dificuldades práticas para sua definição exata em diversos casos concretos.” SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 100-102.

coletividade, sobretudo por tolerar atos ou mensurar ganhos de eficiências de onde se é inconcebível, como é o caso da exploração de direitos humanos na cadeia produtiva.

3.2 AS ESCOLAS TEÓRICAS DO ANTITRUSTE E SUA INFLUÊNCIA NA TUTELA DA CONCORRÊNCIA

A noção dos objetivos da norma antitruste foi identificada em 1978, por Robert Bork, estabelecendo que uma política antitruste não poderia ser racional enquanto não fosse capaz de responder à indagação sobre qual o objetivo – ou os objetivos – das normas concorrenciais e, a partir disto, se estabelecer um corpo coerente de normas substantivas.⁵⁰¹

Existem inúmeras tendências e escolas ou linhas de pensamento que abordam o tema sob diversos pressupostos. A escola clássica, compreendia que a busca de concretização dos interesses pessoais por parte dos atores econômicos individuais leva a um resultado socialmente benéfico, na forma da máxima riqueza nacional. Este resultado seria possibilitado pelo poder da concorrência no mercado. Na busca pelo lucro, os produtores buscariam fornecer produtos melhores e mais baratos, com o menor custo possível e, assim, maximizando a produção nacional. Esta teoria de mercado ao nível microeconômico (ou seja, o nível dos atores econômicos individuais) foi considerada muito limitada por não dispor de ferramentas teóricas para explicar por que a concorrência sem limites no mercado poderia não produzir resultados socialmente desejáveis.⁵⁰²

Os neoclássicos, a partir do final do século XIX, após a “revolução marginal”, desenvolveram seu pensamento teórico a partir da compreensão da formação do preço de mercado dos bens e serviços se dar pelo valor subjetivo relativo de sua utilidade marginal. Sendo a concorrência definida como o resultado do equilíbrio entre agentes em um mercado caracterizado por premissas do modelo de concorrência perfeita,⁵⁰³ onde se estabelece em um

⁵⁰¹ BORK, Robert. H. **The antitrust paradox. A policy at war with itself**. The Free Press, 1993. p. 50.

⁵⁰² CHANG, Ha-Joon. **Economia: Guia do Utilizador**. 1 ed., Lisboa: Clube do Autor, 2016. p. 97-100.

⁵⁰³ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3 ed., 5 reimp. Portugal: Almedina, 2007. p. 44.

cenário de mercado competitivo e se analisa a maximização das utilidades dos consumidores e fornecedores a partir de conceitos paretianos.⁵⁰⁴

A busca pelo equilíbrio econômico, proposta por Vilfredo Pareto e conhecida como o Ótimo de Pareto, é o exato momento de equilíbrio em que todas as ações a serem tomadas não incrementam a condição dos agentes sem prejudicar outros.⁵⁰⁵ Em um mundo onde os recursos são escassos e limitados, para alguém ganhar, outra pessoa não precisa perder. O ponto ótimo é o exato momento desse equilíbrio.⁵⁰⁶ A pretensão, assim, é de se realizar uma análise científica pura, livre de dimensões políticas (e, logo, éticas) que implicam juízos de valores subjetivos. Portanto, a economia de mercado livre é considerada tendencial ao equilíbrio, já que o valor (preço) de um produto depende de quão valorizado este é pelos potenciais consumidores.⁵⁰⁷ A partir da racionalidade dos agentes, estes realizam as trocas que levam à alocação mais eficiente dos seus recursos escassos, maximizando a utilidade e, desta forma, conduzindo o mercado para um equilíbrio paretiano. O foco da economia, desta maneira, foi descolado da produção (conceito da escola clássica) para o consumo e para as redes de trocas, feitas mediante a escolha livre e racional dos consumidores soberanos, pois os atores econômicos são incentivados pelos seus interesses pessoais, e, sendo assim, a concorrência de mercado garante que as suas ações produzam coletivamente um resultado benigno para a sociedade (*laissez-faire*).

A aplicação da teoria neoclássica, principal substrato teórico do direito antitruste, que consiste na maximização da eficiência produtiva em consonância com a redução de custos (último valor que o consumidor esteja disposto a pagar), gera uma redução do preço final e, conseqüentemente, um benefício final aos consumidores, independentemente dos meios utilizados para a redução dos custos de transação, inclusive, justificando a existência de monopólio e restrições concorrenciais, tem seu marco normativo legal nos Estados Unidos com a promulgação do Sherman Act de 1890 e Clayton Act de 1914, como forma de combater as grandes corporações empresariais, com a proibição dos chamados *trusts* - acordos entre

⁵⁰⁴ “Raciocinar em termos marginais significa, pois: - optarmos por produzir ou adquirir mais de um bem ou serviço enquanto o benefício de mais essa unidade exceder o correspondente custo de oportunidade; - optarmos por produzir ou adquirir menos quando esse custo exceder o benefício adicional; - optarmos por não produzir ou adquirir nem mais nem menos, produzindo ou adquirindo o mesmo que anteriormente, quando os dois valores coincidirem”. ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3 ed., 5 reimp. Portugal: Almedina, 2007. p. 44.

⁵⁰⁵ PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

⁵⁰⁶ DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 40

⁵⁰⁷ CHANG, Ha-Joon. **Economia: Guia do Utilizador**. 1 ed., Lisboa: Clube do Autor, 2016. p. 101-103.

empresas para a fixação de preços, controle de produção e divisão do mercado – e instituição de um controle de fusões e aquisições.

Desde a sua promulgação, tanto do Sherman Act quanto do Clayton Act, os idealizadores centravam as análises nas atividades visivelmente anticompetitivas dos trustes sem recorrer à teoria econômica. Com o passar dos anos, os economistas, com destaque para as Escolas de (i) Harvard (ii) Chicago e (iii) Ordoliberal ou de Freiburg, notaram a capacidade da regulação direta da atividade econômica e apresentaram teorias para lidar com os monopólios. Assim, a legislação antitruste começa a ser utilizada como instrumento de política pública, já que a manutenção da concorrência significaria a proteção do interesse público de se pautar uma sociedade pela livre iniciativa e igualdade de oportunidades.⁵⁰⁸

(i) A Escola “estruturalista” de Harvard, conjugando elementos pró-eficiência e pró-liberdade, compreendia que os mercados competitivos e o poder econômico não se concentram apenas com alguns; consumidores, fornecedores e novas empresas possuem alternativas e oportunidades reais. Um ambiente recomendável é o de *workable competition*, de modo que as excessivas concentrações de poder econômico devem ser evitadas, pois podem resultar em disfunções prejudiciais às relações econômicas. As estruturas de mercados individuais, por ter influência no desempenho das indústrias, são analisadas para a aplicação do direito antitruste.⁵⁰⁹ Essa escola contribuiu para o paradigma “estrutura-conduta-desempenho”, baseado na teoria do comportamento do oligopólio de *Cournot*, onde estruturas concentradas determinam condutas típicas de oligopolistas, decorrendo mal desempenho econômico, relutância à redução de preços e imposição de restrições a entrada de outros agentes no mercado⁵¹⁰, pois nos setores com indústrias concentradas, os agentes estariam protegidos pela existência de barreiras de entrada relativas à economia de escala, necessidade de maiores quantias de capital, escassez de *know-how* e produtos diferenciados.⁵¹¹

Os princípios vetores da Escola de Harvard podem ser resumidos da seguinte forma: (i) a concorrência perfeita e os modelos de monopólio devem ser complementados com os modelos

⁵⁰⁸ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 164-165, p. 313.

⁵⁰⁹ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 164-165. p. 313.

⁵¹⁰ HOVENKAMP, Herbert. **The antitrust enterprise: principle and execution**. Cambridge: Harvard University Press, 2008. p. 36.

⁵¹¹ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. pp. 164-165; 313-314.

mais realistas e úteis de concorrência imperfeita (competição monopolístico e oligopólio); (ii) a investigação deve ser concentrada não em agentes econômicos individuais, mas em ramos inteiros da indústria ou em um grupo de empresas dentro de uma determinada indústria; (iii) o objetivo que a lei antitruste deve visar não é a concorrência perfeita, mas a concorrência viável; (iv) a avaliação da competitividade de uma dada atividade não pode ser o resultado do raciocínio dedutivo lógico-teórico; deve ser um julgamento factível. A investigação empírica é essencial para poder avaliar a competitividade de determinados ramos da indústria. Esse julgamento prático é baseado em determinantes estruturais: a estrutura do mercado influencia a conduta das empresas e a conduta das empresas, por sua vez, influencia o desempenho.⁵¹²

No nível de política, a abordagem de Harvard inclui objetivos econômicos e não econômicos: primeiro, alcançar resultados econômicos favoráveis; segundo, criar e manter processos competitivos; terceiro, prescrever normas de conduta justa; e quarto, restringir o crescimento de grandes empresas. Seus pontos de vista mais importantes sobre uma política de concorrência adequada podem ser resumidos como: o primeiro objetivo, eficiência e progresso (implicando aumento de vendas, o desenvolvimento de novas técnicas e a produção de novos e melhores produtos) são considerados os resultados econômicos mais importantes que podem ser substancialmente influenciados pela política de concorrência. Posteriormente, a estabilidade do emprego e uma distribuição justa da renda são considerados os resultados desejados para toda a economia. O segundo objetivo que a política de concorrência pode alcançar é essencial. A necessidade de criação de processos competitivos recebe um destaque especial, promovendo a concorrência como um fim em si mesmo e não como um meio para a obtenção dos resultados econômicos desejados. A competição se justifica do ponto de vista da limitação do poder das firmas. Está, portanto, relacionado com o quarto objetivo da política de concorrência. A competição pode fornecer um ponto de referência para medir a justiça da conduta empresarial, mas certamente não é o único. O conceito de justiça pode, portanto, ter vários significados. O termo pode igualmente ser considerado sinônimo de '*fair play*', que pode ser interpretado, no contexto do mercado, como abster-se do uso do poder de mercado e, assim, procurar obter lucros razoáveis em vez de lucros máximos.⁵¹³

⁵¹² BERGH, Roger Van den. **Comparative competition law and economics**. USA: Edward Elgar, 2017. p. 39-41.

⁵¹³ BERGH, Roger Van den. **Comparative competition law and economics**. USA: Edward Elgar, 2017. p. 41-42.

As ideias da Escola Estruturalista de Harvard são transpostas⁵¹⁴ no final da década de 1970, quando os seus membros acabam aceitando os pressupostos⁵¹⁵ da (ii) Escola de Chicago, que surgiu na década 1950, com inspiração na tradição neoclássica. Os pontos de vista de Chicago são derivados dos princípios centrais da teoria neoclássica dos preços. A partir dessa perspectiva, a Escola de Chicago desenvolveu uma competição poderosa, embora polêmica. Como afirmado acima, a teoria dos preços parte do pressuposto de que as empresas, que se comportam de maneira econômica racional, buscarão maximizar seus lucros; as empresas que não se comportam dessa maneira não sobreviverão com o tempo. Na falta de prova em contrário, a conduta baseada na maximização dos lucros pode ser considerada uma conduta competitiva e que, em princípio, os mercados são capazes de corrigir eventuais imperfeições por si próprios. A maioria dos mercados é considerada competitiva, mesmo que contenha relativamente poucas empresas; se a competição de preços for reduzida, outras formas de competição não relacionadas a preços preencherão a lacuna. A Escola de Chicago também acredita que os monopólios não durarão para sempre. Lucros elevados ansiados por empresas dominantes atrairão novas entradas que corroerão as posições de domínio. Com base nesses axiomas, torna-se possível examinar a conduta de mercado das empresas e formular duas diretrizes para a política antitruste: a primeira orientação afirma que as condutas que visam maximizar os lucros devem, em princípio, ser consideradas lícitas; a segunda diretriz afirma que a questão de saber se determinada conduta é ou não competitiva não deve ser respondida

⁵¹⁴ “Today, in the US, the Chicago economics has established itself as central to the entire discipline and the term Chicago School does not necessarily have a negative connotation. The Harvard paradigm (SCP) and the Chicago Paradigm (price theory) are not incompatible as organisational principles and may therefore be used as complementary rather than as mutually exclusive. Conversely, in European policy discussions, the term ‘Chicago’ has still a negative connotation and shooting at Chicago remains a popular sport’ [...] Moreover, EU competition rules have been used as instruments to achieve market integration, and this also explains a number of persisting differences with US antitrust law”. BERGH, Roger Van den. **Comparative competition law and economics**. USA: Edward Elgar, 2017. p. 79.

⁵¹⁵ As diferenças mais notáveis entre a Escola de Harvard e a Escola Chicago podem ser resumidas da seguinte forma: (i) A Escola de Harvard é criticada por falta de teoria. Os economistas de Chicago buscam explicações para as práticas observadas em mercados reais, que estão de acordo com os fundamentos da teoria econômica. Nesse sentido, práticas que antes eram consideradas anticompetitivas (como restrições verticais) são economicamente racionalizadas; (ii) O paradigma Estrutura-Conduto-Desempenho é rejeitado. A correlação positiva entre estrutura e desempenho não é vista como uma perda de bem-estar causada pelo poder de mercado, mas simplesmente como as consequências de uma maior eficiência. As eficiências alocativas associadas às economias de escala e escopo são consideradas de suma importância; (iii) Em contraste com a multiplicidade de metas aceitas pela Escola de Harvard, a eficiência produtiva e a eficiência alocativa são avançadas como os únicos objetivos a serem levados em consideração na interpretação, no início e na aplicação da lei antitruste. Quando os mercados geram resultados ineficientes (o que é considerado improvável), a intervenção governamental (considerada propensa ao fracasso) é apropriada apenas se melhorar a eficiência econômica. BERGH, Roger Van den. **Comparative competition law and economics**. USA: Edward Elgar, 2017. p. 46.

em uma análise estrutural, o que deve ser examinado é se a conduta é economicamente eficiente. A legislação antitruste não deve constituir nenhum obstáculo às formas eficientes de conduta, pois as normas legais devem ter como único objetivo a promoção da eficiência.⁵¹⁶ Na maximização da eficiência produtiva, esta escola tem o valor a ser perseguido pelo antitruste, devendo prevalecer em relação à defesa da concorrência, inclusive, com a justificativa da existência de monopólios e posições dominantes, por ser a síntese do interesse público. Assim, “a concorrência transformava-se em valor subjacente e instrumental, facilmente colocado em segundo plano. Nas situações em que não havia esta coincidência entre os dois valores – eficiência e concorrência – é a primeira que deveria prevalecer, pois causaria uma redução de custos a ser repassada aos preços.”⁵¹⁷ Adotando a “análise econômica” como perspectiva, partindo do pressuposto que o objetivo do antitruste seria garantir, ainda que em prejuízo da concorrência, a eficiência econômica estaria vinculada ao bem-estar final do consumidor, pois atrelada à ideia de relação entre redução de custos de produção e redução de preços.

De maneira simplificada, pode-se dizer que ‘eficiência’ para os economistas neoclássicos é a habilidade de produzir a custos menores, não se confundindo com “desenvolvimento tecnológico”, já que para eles os ganhos em escala decorrem da produção em massa e, conseqüentemente, da redução dos preços para os consumidores.

Nota-se que a ‘eficiência’ estaria estritamente ligada ao bem-estar do consumidor, pois reduzindo os custos se reduziriam os preços das mercadorias. Não é difícil perceber que para Chicago o bem-estar do consumidor é o princípio direcional do antitruste.

Entendem os teóricos neoclássicos que é suficiente ao direito antitruste se deter na ‘eficiência’, já que daí se presumem os benefícios da distribuição equitativa com os consumidores, derivada da ‘racionalidade’ monopolista. Assim, as concentrações econômicas não são tidas como um mal *per se* e que devam ser restringidas ou evitadas. Nessa linha, por exemplo, as integrações verticais são interpretadas como eficiências que resultem em ganhos concorrenciais.⁵¹⁸

Para os teóricos neoclássicos de Chicago, a ‘eficiência’ se sobrepõe e elimina qualquer outro objetivo que possa ter o direito concorrencial, inclusive a própria existência da concorrência.⁵¹⁹ É a “pedra-de-toque” para a aferição de legalidade das práticas empresariais, ou seja, uma prática só seria considerada indesejável quando resultasse em uma redução de

⁵¹⁶ BERGH, Roger Van den. **Comparative competition law and economics**. USA: Edward Elgar, 2017. p. 45.

⁵¹⁷ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiano Nogueira da Cruz. **A nova lei de defesa da concorrência: comentários sob uma perspectiva histórico-constitucional**. Revista do AGU, Brasília, n.19, p. 7-34, 2012. p. 14.

⁵¹⁸ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. pp. 164-165; p. 314-315.

⁵¹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 19-20.

eficiência econômica no bem-estar do consumidor.⁵²⁰ Esta teoria aceita que a “distribuição equitativa dos benefícios com o consumidor é presumida, derivando, necessariamente, da ‘racionalidade’ monopolista”.⁵²¹

Para identificar o bem-estar do consumidor com a obtenção de produtos com preço reduzido, em linha com a teoria neoclássica, os teóricos de Chicago utilizam a teoria microeconômica marginalista, que desconsidera importantes fatores objetivos e subjetivos a afetar a satisfação do consumidor. Com este forte propósito definido, se torna possível opô-lo aos demais objetivos do antitruste: a aplicação das normas de concorrência é criadora de uma situação paradoxal, por vezes, pois interesses do consumidor e do direito concorrencial podem ser opostos. Por exemplo, no caso das concentrações econômicas, onde a proteção exclusiva da competição pode levar a concluir pela ilicitude de uma concentração econômica que, apesar de ganhos de produtividade e eficiência, poderia ser benéfica para os consumidores. O inverso também seria verdadeiro, na medida em que uma preocupação exclusiva com o interesse dos consumidores poderia levar à aprovação de concentrações com forte dominação de certos agentes econômicos sobre o mercado, tornando-se prejudicial aos concorrentes. Assim seria o paradoxo, onde bem-estar do consumidor e defesa da concorrência não poderiam conviver.⁵²² Afinal, se as empresas eram racionais e as barreiras de entrada eram baixas, mesmo que uma empresa tivesse sucesso em eliminar os concorrentes, haveria novos participantes. Portanto, nenhuma empresa racional se envolveria em vender abaixo dos custos para expulsar outras; logo, a predação não existiria. Desta forma, os tribunais (americanos) sustentaram esta teoria mesmo diante de provas contundentes de que as empresas estavam envolvidas em atividades deficitárias a fim de estabelecer uma posição mais dominante no futuro⁵²³, sendo desnecessária a intervenção do governo para garantir a concorrência, reduzindo-se a fiscalização antitruste aos conceitos de eficiência em prol da competição, sem observar outras relevantes consequências sociais do comportamento empresarial, por exemplo, presumindo que aspectos

⁵²⁰ GERBER, David J. **Global competition law convergence: potential roles for economics**. Chicago-Kent College of Law Research Paper, Chicago, n. 5, p. 01-26, 2014. p. 7.

⁵²¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 19-20.

⁵²² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 20-21.

⁵²³ STIGLITZ, Joseph E. Towards a Broader View of Competition Policy. *In*: BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE, Liberty. **Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries**. New York: Oxford University Press, 2017. p. 5-6

distributivos não importam, sendo esta perspectiva particularmente perversa tanto do ponto de vista econômico quanto moral.⁵²⁴

A maior contestação aos pressupostos da teoria neoclássica e, por consequência, da Escola de Chicago, encontra-se na (iii) Escola Ordoliberal⁵²⁵ ou de Freiburg, que nasce na década de 1930, na Alemanha. Para esta escola, o direito concorrencial também objetiva assegurar o bem-estar do consumidor, porém no sentido de liberdade de escolha, para tanto, compreende o processo concorrencial sob um aspecto social e tutela a liberdade de competição como um valor fundamental e que merece respaldo jurídico para assegurar o funcionamento econômico de uma economia de mercado.

A organização ideal da ordem privada é aquela que permite a ‘autocoordenação’ e o ‘autocontrole’. O Direito deve criar as condições para que ambas as garantias se efetivem: a ‘autocoordenação’ é garantida através das transações privadas, para as quais o direito de propriedade e o direito das obrigações são elementos organizativos fundamentais. Já a segunda ordem, ‘autocontrole’, torna-se eficaz na medida em que a concorrência efetiva se viabiliza. ‘Os padrões transitórios de alocação e distribuição produzidos pela autocoordenação e autocontrole refletem uma ordem espontânea’. É esse tipo de preocupação – a possibilidade de efetiva competição – que deve ter guarida no direito concorrencial.⁵²⁶

Em essência, o ordoliberalismo promove um mercado competitivo como um sistema preferencial de planejamento econômico baseado na liberdade e em direitos individuais legalmente protegidos. Em sua origem, a visão ordoliberal da sociedade foi distinguida pela busca por uma terceira via entre o capitalismo (economia de mercado) e o socialismo (economia de comando). A terceira via entre capitalismo e socialismo ficou conhecida sob o termo "economia de mercado social", que é um mercado aberto com liberdade individual e justiça social, onde ao lado da liberdade política, a liberdade econômica deve fazer parte da ordem constitucional da sociedade. A diferença distintiva entre liberalismo clássico e ordoliberalismo é a ênfase colocada na necessidade de transferir a responsabilidade de alcançar a competição do *laissez-faire* para um Estado forte. Além da liberdade individual e dos direitos individuais legalmente protegidos, o ordoliberalismo é caracterizado por sua abordagem sistêmica da competição. A originalidade do ordoliberalismo não reside no desenvolvimento de uma teoria

⁵²⁴ STIGLITZ, Joseph E. Towards a Broader View of Competition Policy. In: BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE, Liberty. **Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries**. New York: Oxford University Press, 2017. p. 6.

⁵²⁵ Leia-se como “ordem liberal” no sistema de organização sistêmica. BERGH, Roger Van den. **Comparative competition law and economics**. USA: Edward Elgar, 2017. p. 31.

⁵²⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 21-22.

econômica alternativa da competição, mas sim na formulação de uma série de princípios de competição que devem ser embutidos em uma constituição econômica e implementados por uma autoridade independente.⁵²⁷

O objetivo principal do direito da concorrência é proteger a concorrência como um sistema no qual existe liberdade de ação tanto do lado da oferta quanto da demanda do mercado. A teoria Ordolieral contrasta com a escola neoclássica de Chicago, que fixa objetivos com base em dados puramente econômicos. Sua afirmação de imprevisibilidade dos efeitos econômicos está baseada em uma concepção fundamental do “processo de descoberta”, onde a grande vantagem do sistema concorrencial se encontra, exatamente, no fato de que através da informação e da existência da liberdade de escolha, o sistema de mercado permite a descoberta das melhores opções existentes e o comportamento mais racional a ser adotado. O processo de descoberta é um valor em si mesmo, sendo fundamental que as melhores opções do mercado estejam disponíveis, ainda que potencialmente, “não é apenas a existência de um preço não alterado por condições artificiais de oferta e de demanda, que, portanto, represente a utilidade marginal do produto, mas, também que exista efetiva pluralidade real ou potencial de escolha entre produtos, com base em preço, qualidade, preferências regionais, etc.”.⁵²⁸

Nada obstante, a profusão teórica da escola de Chicago encontra-se em praticamente todas as jurisdições⁵²⁹, inclusive no Brasil⁵³⁰, principalmente no que diz respeito aos valores substanciais relacionados à eficiência alocativa em prol do bem-estar do consumidor enquanto finalidade do antitruste. Essa adoção teórica decorre do isoformismo, processo por meio do qual uma instituição busca emular estruturas, rotinas e valores de outra instituição semelhante,

⁵²⁷ BERGH, Roger Van den. **Comparative competition law and economics**. USA: Edward Elgar, 2017. p. 30-31.

⁵²⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 22-23.

⁵²⁹ PEÑA, Julian. Competition policies in Latin America, post-Washington consensus. *In*: MARSDEN, Philip (Org.). **Handbook of research in trans-atlantic antitrust**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006. p. 738. No mesmo sentido, “Ainda assim, organizações internacionais como a OMC ou a INC, enquanto estrutura física definindo regras de conduta no mercado internacional, usaram seu poder de atração para incentivar a adoção de certas instituições antitruste. Em outras palavras, ao usar formas de coerção econômica leve ou isoformismo normativo, tais organizações motivaram os BRICS a abraçar aquelas ideias de Chicago e Pós-Chicago bem integradas nos modelos concorrenciais americano e europeu. POLI, Eleonora. **Antitrust institutions and policies in the globalising economy**. New York, NY: Palgrave Macmillan, 2015. p. 142.

⁵³⁰ “For more than a century, the path of Competition Law has been defined by the developed and industrialized countries of the world. Much later, developing countries and emerging economies came on the scene. They experience many of the old competition problems, but they also experience new problems, and experience even the old problems differently”. FOX, Eleanor M. Outsider Antitrust: ‘Making Markets Work for People’ as a Post-Millennium Development Goal. *In*: BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE. **Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries**. New York: Oxford University Press, 2017. p. 1.

podendo acontecer em três contextos, (i) coercitivo, (ii) mimético e (iii) normativo: a dimensão (i) coercitiva se dá quando uma instituição exerce pressão formal ou informal sobre a outra, para conformação a seus padrões culturais ou ideológicos; a (ii) mimética decorre da tendência de uma instituição, em cenários de incerteza, imitar caminhos já bem-sucedidos de outras instituições, sendo um comportamento mais reconhecido em países em desenvolvimento; o (iii) normativo ocorre com a profissionalização dos tomadores de decisão, em instituições universitárias ou redes profissionais, buscando a criação de uma formação comum, homogeneizadora acerca dos problemas e suas respectivas soluções.⁵³¹

Dentro do isoformismo, as dimensões mimética e normativa são as de maior proeminência, tendo como maior objetivo obter uma harmonização dos padrões substanciais de análise de conteúdo das normas antitruste.⁵³²

É impressionante a miríade de ‘objetivos máximos’ que já foram atribuídos às leis antitruste: redistribuição da renda; proteção das pequenas empresas; concentração do poder político, controle regional dos negócios, proteção dos trabalhadores, eficiência econômica, bem-estar do consumidor, controle de preços, obtenção de resultados econômicos desejáveis (v.g. eficiência na utilização equitativa das riquezas, progressos, estabilidade de produção e emprego e distribuição equitativa de renda), promoção da concorrência, promoção de condutas leais, limitação da atuação e da expansão das grandes empresas, controle do poder político dos grandes conglomerados, ampliação da capacidade competitiva das empresas nacionais para assegurar participação maior no comércio internacional e assim por diante.⁵³³

No entanto, em que pese as peculiaridades do isoformismo, cada ordenamento jurídico possui uma série de princípios próprios que lhe dão embasamento, diversos de outros sistemas, são peculiaridades decorrentes da diversidade das realidades que permeiam cada um dos sistemas de onde o direito é decorrência de cada contexto histórico, econômico e social, mas

⁵³¹ POLI, Eleonora. **Antitrust institutions and policies in the globalising economy**. New York, NY: Palgrave Macmillan, 2015. p. 169-72.

⁵³² POLI, Eleonora. **Antitrust institutions and policies in the globalising economy**. New York, NY: Palgrave Macmillan, 2015. p. 157.

⁵³³ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev. atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 167.

não apenas isto, em uma relação simbiótica, o direito é instrumental e pode agir para modificar a realidade da sociedade.⁵³⁴⁵³⁵

Desta forma, o alinhamento convergente com a Escola de Chicago para os objetivos do antitruste em prol da “eficiência” e de “preços inferiores” para os consumidores, não pode ser vista como um objetivo supremo da disciplina, ao menos no caso brasileiro, inclusive, por nem mesmo existir consenso (se é que poderia/deveria) com os objetivos pretendidos por outras jurisdições⁵³⁶, como é o exemplo da União Europeia, ao compreender que a dinâmica do desenvolvimento da análise econômica contemporânea e as novas características do mercado da economia da informação ampliou os debates sobre a concorrência na perspectiva da eficiência econômica e do bem-estar.⁵³⁷

No direito regional europeu, o direito da concorrência emerge como um componente de integração regional, relacionado a um propósito maior de criação de um mercado único que se confunde com a formação da União Europeia, estabelecendo um conjunto de regras transparentes e estáveis que não visa apenas a proteger os interesses dos concorrentes e dos consumidores, mas sim a estrutura de mercado e, portanto, a livre concorrência.⁵³⁸ Na Europa,

⁵³⁴ Neste sentido: “[...] os insucessos do projeto neoliberal no campo econômico mostraram que as leis econômicas obviamente não são naturais, motivo pelo qual não funcionam sempre e da mesma maneira em todos os países, independentemente das circunstâncias específicas de cada qual. Isso evidenciou que o neoliberalismo econômico baseia-se, na verdade, em dogmas, que podem ou não ser aceitos. As teorias econômicas, por sua vez, são objeto de consideráveis divergências entre os economistas, especialmente no que se refere às estratégias que devem ser seguidas por cada país. Essa a razão pela qual, longe da aceitação irrefletida de dogmas, há que se buscar uma análise sobre as alternativas disponíveis e, por meio do processo democrático, se chegar às escolhas que dizem respeito ao destino de cada nação”. FRAZÃO, Ana. **Empresa e propriedade - Função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 218.

⁵³⁵ “Competition laws are applied all over the world. While at their core they exhibit a high degree of similarity, variations abound on substantive and institutional aspects, and even on the specific goals to be furthered by them. Each jurisdiction should therefore decide whether it would like to follow another jurisdiction’s model, create its own, or adopt a mixture of both.” GAL, Michal S. FOX, Eleanor M. **Drafting competition law for developing jurisdictions: learning from experience**. in GAL, Michal S. et al. (Org.). *The economic characteristics of developing jurisdictions: their implications for competition law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. p. 301.

⁵³⁶ The design of competition laws is affected by different motivations: on the one hand, a motivation to follow established laws whereby jurisdictions (mostly small, developing or young) benefit from transplanting and following the laws of large, developed jurisdictions with efficient and effective competition law regimes; on the other hand, the need to design a law that would fit the special characteristics of the jurisdiction. Indeed, a ready-made suit might look very beautiful on the hanger and might be very well made but it might not fit. in GAL, Michal S. FOX, Eleanor M. **Drafting competition law for developing jurisdictions: learning from experience**. in GAL, Michal S. et al. (Org.). *The economic characteristics of developing jurisdictions: their implications for competition law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. p. 301.

⁵³⁷ FREIRE, Maria Paula Vaz. **Eficiência e restrições verticais – Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Portugal, AFFDL. p. 718-724.

⁵³⁸ SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1-2. No mesmo sentido, FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 167.

a disciplina da concorrência sempre possuiu um caráter de instrumentalidade, voltada a atingir objetivos de política pública e de forma institucionalizada, principalmente, para integrar o mercado comum. No bloco europeu, portanto, as normas que disciplinam a competição são utilizadas para atingir fins maiores, com a implementação dos escopos pelo Tratado da União Europeia (TUE) e pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)⁵³⁹, que em o artigo 3º do TUE dispõe sobre ‘crescimento econômico’, ‘estabilidade de preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social’, ‘um elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente’, ‘do progresso científico e tecnológico’ e da ‘justiça e a proteção sociais, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre gerações e a proteção dos direitos da criança’. O mercado interno, tal como estabelecido no artigo 3º do TUE “inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada” (Protocolo n.º 27 Relativo ao mercado interno e à concorrência). Ainda, a política concorrencial também deve ser instrumento da ‘coesão económica, social e territorial’ e da ‘solidariedade entre os Estados-membros’, exigindo o art. 7º do TFUE ‘a coerência entre as suas diferentes políticas e ações, tendo em conta o conjunto dos seus objetivos’.⁵⁴⁰

No regime europeu, o mercado e a intervenção não são concebidos como opostos, mas sim como complementares, de modo que o direito da concorrência visa permitir o bom funcionamento do mercado por meio de uma concorrência efetiva e eficaz, pois se protege as regras da concorrência, consequentemente protege o mercado.⁵⁴¹ O bom funcionamento do mercado não decorre espontaneamente da liberdade dos atores econômicos, ao contrário, necessita de regra para ser capaz e de um aparelho administrativo. Portanto, fica claro nestes

⁵³⁹ “This goal [article 3(f)] reflects the systemic approach to competition that is characteristic of the Ordoliberal School. Ordoliberalist thinking also underlies the formulation of Article 101(3) RFEU, which stipulates that competition may not be eliminated for a substantial part of the relevant market as one of the four cumulative conditions to grant an exemption from the cartel prohibition. In addition, the case law of the CJEU on abuses of a dominant position (article 102 TFEU) has a clear ordoliberal touch”. BERGH, Roger Van den. **Comparative competition law and economics**. USA: Edward Elgar, 2017. p. 33

⁵⁴⁰ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 84-85.

⁵⁴¹ “The ordoliberal influence is clearly visible in the case law of the CJEU. In several judgments, the Court stated that the goal of competition law is not Only or not mainly the protection of individual competitors or consumers but the protection of the competitive market structure, in other words the protection of competition as an institution. An instrumental view, which sees competition rules as a tool to reach economic objectives, is not adhered to. Hence, neither total welfare nor consumer welfare is an autonomous goal of EU competition law. Consequently, consumers are protected Only indirectly through the prohibition of competitive distortions”. BERGH, Roger Van den. **Comparative competition law and economics**. USA: Edward Elgar, 2017. p. 108.

termos que para o regime europeu, o direito da concorrência é uma das principais facetas da política econômica do Estado, não sendo o lucro o seu objetivo e nem mesmo o estímulo a concorrência por si mesma, mas, sim, a realização de objetivos gerais do TFUE, que instrumentaliza a concorrência, ponderando-a e lhe equacionando dentro do âmbito mais geral das políticas econômicas.⁵⁴²

O que a lei antitruste desempenhará, em cada sistema jurídico, depende do momento histórico, político, econômico e social, não sendo possível abordar um único ideal objetivo ao direito concorrencial, sem que se referencie o país, a lei e o momento de que se trata, sob pena destas discussões se tornarem estéreis.⁵⁴³ Assim, é possível traçar linhas gerais sobre as funções normalmente desempenhadas por leis antitruste, objetivos cuja concretização instrumentalizam, mas sem que sejam determinados escopos como ótimos ou como pretendidos pelo sistema.⁵⁴⁴

3.3 O ANTITRUSTE COMO INSTRUMENTO PARA O DESENVOLVIMENTO – A PERSPECTIVA DA TEORIA CONCORRENCIAL REVISIONISTA

O sucesso da escola de Chicago em focar o antitruste na economia é ilustrado pela gama limitada do debate padrão de bem-estar entre o bem-estar do consumidor e o bem-estar agregado. Os *Chicagoans* (chicagoianos) consideraram apropriadas as análises econômicas como centrais para o desenvolvimento de regras antitruste e para a identificação de alvos de fiscalização. Sob sua influência, apoiada nas preocupações de administrabilidade da escola contemporânea de Harvard, a Suprema Corte americana rejeitou objetivos não econômicos e adotou modificações nas regras antitruste para reduzir o risco de falsas condenações, pois

⁵⁴² MONCADA, Luiz S. Cabral de. **Direito Econômico**. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2018. p. 442.

⁵⁴³ Legal transplants can be unsuccessful and even harmful if they do not deal effectively with the special characteristics of the following jurisdiction. Relevant characteristics include not only socio-economic ones but also the psychological effects of a law adopted as a result of external pressures, and the existing institutional conditions such as the level of economic analysis that can be performed at all levels of the decisionmaking process; the legal and practical tools at the decision-maker's disposal to gather the relevant information; the legal weight given to a decision by an expert decision-maker; and political influences on the decision-maker. As a result, laws which may promote efficiency under certain conditions might instead lead to mistaken decisions under different conditions that would, in turn, reduce domestic welfare. GAL, Michal S. FOX, Eleanor M. Drafting competition law for developing jurisdictions: learning from experience. in GAL, Michal S. et al. (Org.). *The economic characteristics of developing jurisdictions: their implications for competition law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. p. 305.

⁵⁴⁴ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 166-168.

estavam reduzindo a eficiência da produção.⁵⁴⁵ Por esta vertente, compreende-se que as empresas agem para maximizar seus lucros, de forma que, quanto mais livres os mercados, melhor se alcançam as eficiências produtiva e alocativa. Embora se admita a existência de falhas de mercado, a intervenção pública corretiva, provocaria falhas ainda mais nocivas ao mercado (falhas de governo) do que as existentes sem intervenção.

De forma expansiva aos, até então, elementos centrais da política da concorrência, encontram-se os anseios de desenvolvimento sustentável, cujo relatório do desenvolvimento humano de 1999, “uma face humana para a globalização”, ressaltou os efeitos negativos e positivos da globalização, alertou que os benefícios proporcionados pelo mercado global não são distribuídos democraticamente, pois “os mercados competitivos podem ser a melhor garantia de produção eficiente, mas não do desenvolvimento humano”.⁵⁴⁶

A instrumentalização do direito concorrencial em prol do desenvolvimento é fruto da teoria revisionista que surge nos Estados Unidos na década de 1980. Eleanor M. Fox apresenta a necessidade de mudança na interpretação tradicional sobre as funções antitruste, cujos objetivos devem ser entendidos como valores e finalidades superiores em relação aos mercados eficientes, devendo o antitruste ser flexível para atendê-los, quando necessário.⁵⁴⁷ Este posicionamento é alvo de críticas, por exemplo, Carl Shapiro qualifica como contraproducente e inviável a ampliação do objetivo do antitruste para abranger a proteção de pequenas empresas, de salários e empregos ou o combate à corrupção, argumentando que a lei antitruste não pode e não deve ser o principal meio de endereçamento desses objetivos, nem a política antitruste deve ser a principal ferramenta para lidar com eles. E, que os objetivos do antitruste norte-americano, consistem em proteger o consumidor e o processo competitivo e não os concorrentes. Esclarece que o antitruste protege o processo competitivo e os consumidores recebem os benefícios da concorrência, além de que a política antitruste serve a objetivos econômicos de metas de promoção da concorrência e defesa do consumidor.⁵⁴⁸

⁵⁴⁵ BAKER, Jonathan B. **The antitrust paradigm: restoring a competitive economy**. Cambridge: Harvard University Press, 2019. p. 46.

⁵⁴⁶ Relatório do desenvolvimento humano de 1999. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/rdh/rdh99/index.php>. Acesso em 12 jul. 2021.

⁵⁴⁷ FOX, Eleanor M. Outsider Antitrust: ‘Making Markets Work for People’ as a Post-Millennium Development Goal. In: BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE. **Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries**. New York: Oxford University Press, 2017. p. 28.

⁵⁴⁸ SHAPIRO, Carl. **Antitrust in a Time of populism**. 24 October 2017. Disponível em: <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/antitrustpopulism.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2021.

Além disto, alguns economistas defendem que o crescimento é o melhor meio para reduzir a desigualdade sob os seguintes argumentos. O primeiro é de que os benefícios diretos do crescimento serão distribuídos de maneira razoavelmente uniforme por todos os grupos de renda da sociedade e melhorará o padrão de vida dos mais pobres da sociedade. O segundo argumento é que, embora os benefícios diretos do crescimento possam não atingir os grupos de renda mais baixa, eles chegarão aos pobres a partir dos grupos de renda mais alta. A questão é se o crescimento impulsionado pela competição beneficiará diretamente os pobres ou se deixará de beneficiar os pobres para que a pobreza seja reduzida. A teoria *trickle down* em geral foi rejeitada na economia industrializada; não havendo motivo para acreditar que funcionará melhor nos países em desenvolvimento.

Louis Kaplow, analisando a relação do antitruste com outros objetivos como o desenvolvimento, também argumentou que o direito da concorrência é um instrumento muito insatisfatório para a redistribuição de renda devido à sua natureza não direcionada e que o uso do direito da concorrência para esse fim pode resultar em distorções consideráveis para uma pequena quantidade de redistribuição.⁵⁴⁹

Com isto em vista, esta moderna teoria econômica passou a rejeitar os aspectos centrais da teoria neoclássica da escola de Chicago, pois: i) mesmo os mercados competitivos não são, em geral, eficientes. Isso é verdade sempre que houver imperfeições de informações e mercados de risco, ou conhecimento endógeno; ii) os mercados não são, em geral, competitivos: mesmo pequenos desvios da concorrência perfeita e das informações perfeitas são importantes. Os avanços atuais têm mostrado que existe uma ampla gama de mecanismos pelos quais o poder de mercado é adquirido, mantido e aprimorado; iii) a desigualdade é importante. Estudos atuais têm mostrado que a distribuição é importante para o desempenho econômico. Além disso, o segundo teorema do bem-estar em geral não se sustenta (sugestão de que as questões de eficiência e distribuição podem ser separadas, de modo que a economia deve se concentrar apenas na eficiência). Além disso, há evidências crescentes de que partes significativas da desigualdade são resultado do poder de mercado.⁵⁵⁰

⁵⁴⁹ KAPLOW, Louis. On the choice of welfare standards in competition law. in **The goals of competition law**. Harvard: Edward Elgar, 2012. p. 3-9. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kaplow_693.pdf. Acesso em: 05 ago. 2021.

⁵⁵⁰ STIGLITZ, Joseph E. Towards a Broader View of Competition Policy. In: BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE, Liberty. **Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries**. New York: Oxford University Press, 2017. p. 7.

Este é um argumento razoável, contudo, esta tese não defende a utilização irrestrita e autônoma do antitruste para esta finalidade, como uma ferramenta de redistribuição de renda, mas sim um alinhamento da sua ideologia política em deferência aos preceitos constitucionais de desenvolvimento, permitindo, dentre outras análises metaeconômicas, levar em considerações as repercussões abusivas da atividade empresarial nos direitos humanos.⁵⁵¹

Esta virada teórica sobre a escola neoclássica de Chicago e sua compreensão do bem-estar podem ser sintetizadas pelo pensamento de Amartya Sen⁵⁵², para quem o “critério da otimalidade de Pareto é um modo extremamente limitado de avaliar a realização social, e assim a parte do resultado que afirma que um equilíbrio perfeitamente competitivo, nas condições especificadas, deve ser um ótimo de Pareto é correspondentemente limitada”,⁵⁵³ pois a busca pelo que é eficiente e/ou ótimo para as partes envolvidas na relação contratual, somente poderia ser aferida por uma posição individualista ou atomizada, bom para as partes envolvidas, porém inconveniente para a sociedade. Desta forma, na teoria econômica moderna, a posição da economia do bem-estar é precária, por ser inconcebível que uma situação (estado) esteja em equilíbrio paretiano havendo pessoas na miséria e outras nadando em luxo, inclusive quando os miseráveis não possam melhorar suas condições sem reduzir o luxo dos ricos. Desta forma, o Ótimo de Pareto, por captar os aspectos de eficiência baseados no cálculo da utilidade, poderia ser utilizado exclusivamente neste espaço - de eficiência das utilidades -, por deixar de fora as considerações distributivas relativas à utilidade.⁵⁵⁴

⁵⁵¹ De acordo com esta condução, Russel Pittman: “I would argue, however, that it does not seem very satisfying or comforting to note that whenever total welfare increases, income redistribution policies could make everyone better off as a result—if in fact they do not. The compensation principle does not pay the rent. One may be happier when changes in government policies reduce the disparities of income and wealth within the United States (not to mention the world), but until that happens it seems quite reasonable to argue that those making and enforcing other public policies, like antitrust enforcement, should, to the degree manageable, take into account the distributional implications of their actions. This would seem to argue in favor of a standard for merger and other antitrust enforcement focusing on consumer surplus rather than total welfare, as the latter is generally applied—that is, in favor of a merger standard centered on the effect of the merger on (quality-adjusted) price”. PITTMAN, Russell. *Consumer Surplus as the Appropriate Standard for Antitrust Enforcement*. in **Competition Policy International**, Vol. 3, No. 2, Autumn 2007, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1075463>. Acesso em 05 ago. 2021.

⁵⁵² “Sen’s conception of the freedom to enter markets perhaps resonates with the Ordoliberal view of the goal of competition law, which is to protect the freedom to participate in the market. The Sennian conception of development would support competition law enforcement, even though it may not necessarily endorse economic efficiency or protection of consumer welfare as the objectives of competition law. A Sennian conception of development, with its distinct focus on individual empowerment, would also require competition law to pay particular attention to the welfare of the poor, who are the most ‘unfree’ members of society.” CHENG, Thomas K. **Competition Law in Developing Countries. Economic Growth and Economic Development**. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 33.

⁵⁵³ SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. 1 ed. 9 reimpr., São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 51.

⁵⁵⁴ SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. 1 ed. 9 reimpr., São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 45-49.

A inclusão de preferências sociais demonstra-se relevante na teoria de Amartya Sen, pois, de um lado nega a racionalidade das escolhas exclusivamente motivadas pelo autointeresse e, de outro, aumenta a base de dados, incluindo, elementos como a ética que apuram o caráter incompleto das análises neoclássicas sobre a eficiência.⁵⁵⁵ A presença dos custos (dentre estes o de informação sobre ponderações sociais) pode impedir a troca, ou fazer com que ela ocorra em condições diferentes das previstas pelo equilíbrio geral walsariano.⁵⁵⁶ Assim, a política de concorrência não deve preocupar-se apenas com a existência de concorrência, mas com a sua natureza qualitativa⁵⁵⁷, que não esteja detida apenas no elemento preço, abrangendo outros fatores como qualidade, variedade e inovação, resultando em uma competição cujos efeitos positivos sejam aferidos pelos consumidores e pela sociedade, em direção a realização da justiça social, garantindo um mercado competitivo.⁵⁵⁸

Apesar de as políticas de concorrência e direitos humanos histórica e teoricamente tenham seguido caminhos divergentes, a colação realizada por este tese parece contribuir para uma interação vigorosa, vez que ambas demonstram compartilhar em parte os objetivos políticos, que no fim, levam ao mesmo caminho.⁵⁵⁹ Neste sentido, corrobora a UNCTAD (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento), dispendo que a lei antitruste deve ser aplicada a partir da perspectiva do desenvolvimento sustentável e inclusivo, devendo a implementação da política de defesa da concorrência ser coordenada com a de outras políticas públicas com vistas ao alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável estabelecidos pelas Nações Unidas,⁵⁶⁰ para atendê-los, quando necessário.⁵⁶¹

Relativamente às condutas e estruturas, práticas reguladas pelo direito concorrencial, a atividade empresarial pode afetar as questões de concorrência e desenvolvimento e, por

⁵⁵⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 32-33.

⁵⁵⁶ FREIRE, Maria Paula Vaz. **Eficiência e restrições verticais – Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Portugal, AFFDL, 2008. p. 795-796.

⁵⁵⁷ STIGLITZ, Joseph E. Towards a Broader View of Competition Policy. *In*: BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE, Liberty. **Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries**. New York: Oxford University Press, 2017. p. 8-9.

⁵⁵⁸ ATHAYDE, Amanda. **Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica**. São Paulo: Singular, 2017. p. 18.

⁵⁵⁹ OSEITUTU, Julia Janewa. **Human Development as a Core Objective of Global Intellectual Property**. *Kentucky Law Journal*, VOLUME 105 2016–2017 NUMBER 1, 2016. p. 7. Disponível em: https://collections.law.fiu.edu/faculty_publications/278. Acesso em: 28 jun. 2021.

⁵⁶⁰ UNCTAD. **The role of competition policy in promoting sustainable and inclusive growth – Note by the UNCTAD secretariat**. 27 April 2015. UN Doc TD/RPB/CONF.8/6. Disponível em: Acesso em 23.03.2020.

⁵⁶¹ FOX, Eleanor M. Outsider Antitrust: ‘Making Markets Work for People’ as a Post-Millennium Development Goal. *In*: BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE, Liberty. **Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries**. New York: Oxford University Press, 2017. p. 28.

consequência, valores e direitos humanos, de quatro maneiras. As duas primeiras não envolvem conflito entre a concorrência e as preocupações com o desenvolvimento, enquanto nos últimos dois cenários há uma necessidade de reconciliar as considerações conflitantes.

A primeira maneira ocorre quando uma prática comercial prejudica tanto a concorrência quanto o desenvolvimento. O aumento da concorrência não exige a aplicação da lei da concorrência, no entanto, se uma fusão for anticoncorrencial prejudicar os negócios e o desenvolvimento, a proibição da fusão protegerá simultaneamente a concorrência e desenvolverá os objetivos coletivos. Se o dano competitivo não justificar uma proibição total da fusão, a autoridade de concorrência deverá impor remédios que diminuam o dano competitivo da transação e o impacto sobre a coletividade. A autoridade não deve enfrentar obstáculos ao fazê-lo, pois os remédios não devem entrar em conflito com cada um deles. A segunda maneira é quando a competição não é afetada enquanto o desenvolvimento é prejudicado, pois é possível que a competição seja prejudicada enquanto o desenvolvimento não seja afetado. No entanto, se for esse o caso, a prática comercial não levanta preocupações de desenvolvimento.⁵⁶²

A terceira e a quarta maneiras implicam em conflito entre questões de concorrência e desenvolvimento. O terceiro cenário é quando a competição aumenta, mas o desenvolvimento é prejudicado. O exemplo quintessencial é uma fusão criando eficiências que permitirão que a empresa incorporada seja um concorrente melhor, mas também resultará em perda de empregos. Portanto, há um conflito direto entre fomentar a competição e proteger o desenvolvimento. O quarto cenário é quando a concorrência é prejudicada, mas a coletividade beneficiada. O exemplo mais óbvio seria o cartel de negócios de pequenas empresas, que rende mais lucros, mas resulta em preços mais altos. Novamente, há um conflito entre competição e desenvolvimento que pode exigir algum equilíbrio. Como encontrar um equilíbrio entre os dois depende crucialmente dos mecanismos pelos quais o crescimento alimentado pela competição afeta o desenvolvimento, os empresários, consumidores e trabalhadores. Uma vez que um exercício de equilíbrio é proposto, a implicação parece ser que um padrão de bem-estar total

⁵⁶² CHENG, Thomas K. **Competition Law in Developing Countries. Economic Growth and Economic Development.** Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 142-143.

seja necessário, devendo ser levados em consideração os interesses de quem não é consumidor ou participante direto do mercado relevante.⁵⁶³

Especialmente nos países em desenvolvimento, o objetivo da legislação antitruste deve ser múltiplo, protegendo o interesse do consumidor, competitividade, eficiência econômica, eliminando práticas restritivas, protegendo pequenos negócios, progresso e desenvolvimento, justiça e equidade, escolha do consumidor e a manutenção de preços competitivos. Alguns países em desenvolvimento (dentro dos BRICS) buscam os objetivos antitruste frequentemente mencionados, liberdade de comércio, promoção da inovação, integração regional, emprego, expansão da base de empresários e disseminação da propriedade, o que pode servir de exemplo ao direito nacional.⁵⁶⁴⁵⁶⁵

Em todos os países, a concorrência é protegida para buscar um propósito maior, seja o bem-estar do consumidor ou a eficiência econômica. E nos países em desenvolvimento, o objetivo mais importante da política econômica, de longe, deve ser o crescimento e o desenvolvimento econômico. Não há nada mais importante para um país em desenvolvimento do que alcançar crescimento econômico sustentado e salvar milhões de cidadãos da pobreza nesse processo. Isto, para alguns autores, seria até mais importante do que atender às necessidades básicas de sua população em termos de alimentos, saúde, educação e demais necessidades básicas para que todo cidadão possa ter um padrão de vida que lhe permita viver com dignidade e com liberdade, no sentido senniano.⁵⁶⁶

Por meio da instrumentalização do antitruste permite-se uma contribuição para o atingimento de objetivos centrais do direito concorrencial de acordo com o desenvolvimento

⁵⁶³ CHENG, Thomas K. **Competition Law in Developing Countries. Economic Growth and Economic Development.** Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 142-143.

⁵⁶⁴ WAKED, Dina. **Antitrust goals in developing countries: policy alternatives and normative choices.** (2015). Seattle University Law Review, Vol. 38, No. 3, 2015. p. 980. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2600034>. Acesso em 05 ago. 2021.

⁵⁶⁵ “The emphasis that the major antitrust systems (US and EU) put on economic objectives may not be shared by the policy makers in developing economies (BRICS countries). The competition laws of China, Russia and South Africa include many non-economic factors, which may give a new boost to a discussion of competition goals at the global level. Striking political objectives formulated in legislative texts include fairness considerations (China; see also South Africa: protection of small and medium-sized companies, ‘great spread of ownership’) and industrial policy objectives (China: ‘healthy development of the socialist market economy; South Africa: promoting competitiveness on worldwide markets). In the enforcement practice of these countries, the pluralist approach to competition goals is further exacerbated by undefined national security considerations (merger control in China and Russia; see Farmer 2013) and other goals of public interest”. BERGH, Roger Van den. **Comparative competition law and economics.** USA: Edward Elgar, 2017. p. 87.

⁵⁶⁶ CHENG, Thomas K. **Competition Law in Developing Countries. Economic Growth and Economic Development.** Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 309.

sustentável elaborado pelas Nações Unidas⁵⁶⁷, cujos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) incluem o controle de atos abusivos de empresas e estados poderosos que bloqueiam o caminho para os mercados. Os ODS são resumidos em um conjunto integrado de seis elementos essenciais que incluem 'dignidade: acabar com a pobreza e enfrentar a desigualdade', 'prosperidade: fazer crescer uma economia forte, inclusiva e transformativa' não cair abaixo da linha da pobreza, e compromissos com a saúde, o planeta e o ecossistema, parcerias e solidariedade global, justiça e sociedades pacíficas, valores humanos e centrais, que devem ter sinergia com as políticas antitruste.⁵⁶⁸

Com relação aos objetivos, o direito concorrencial pode lhes auxiliar de duas formas: (1) a competição tem a ver com mercados e os mercados permitem que as pessoas participem do empreendimento econômico; (2) os mercados tiram as pessoas do controle de Estados autocráticos e crônicos. A liberdade de participar do empreendimento econômico, e de não ser posta de lado pelo privilégio e pelo poder, não é apenas uma liberdade pessoal que aumenta a dignidade, mas uma fonte de sustento que tira as pessoas da pobreza ao capacitá-las. Esta liberdade e oportunidade de entrar e ascender na corrente principal da vida econômica capacita as pessoas e constrói dignidade e, reciprocamente, serve as pessoas como agentes ativos. Um mundo antitruste favorável aos ODS revive o antitruste como política de defesa mais ampla, capaz de romper barreiras e capacitar as pessoas a se ajudarem. Nesse ambiente, os mercados, como facilitadores, podem ser uma das ferramentas mais poderosas para tirar as pessoas da pobreza e reduzir as desigualdades graves e persistentes que são o cúmulo da pobreza sem

⁵⁶⁷ ONU. **The Road to Dignity by 2030: Ending Poverty, Transforming All Lives and Protecting the Planet.** (2014) UN Doc A/69/700. p. 18. Disponível em: https://www.un.org/disabilities/documents/reports/SG_Synthesis_Report_Road_to_Dignity_by_2030.pdf. Acesso em 26 jul. 2021.

⁵⁶⁸ “Given the mandate of the United Nations, the branch on Competition and Consumers responded with a Note of the Unctad Secretariat on how the discipline of Competition Law and policy should integrate the SDGs and work towards the goal of promoting sustainable and inclusive growth. The note explains the role of competition in providing more and better goods and services and thus promoting consumer welfare. For enforcement, it calls for prioritizing the sectors that matter the most to poorer people and the economy, and it calls for competition advocacy to tear down barriers to entry and market participation. However, the note falls into a trap. It accepts too readily a popular notion that Competition Law and efficiency trample upon the human values we care about. It choreographs antitrust to back away from its own centre stage to make room for the SDGs, without a finer-tuned look at the relationship”. FOX, Eleanor M. *Outsider Antitrust: ‘Making Markets Work for People’ as a Post-Millennium Development Goal.* In: BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE, Liberty. **Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries.** New York: Oxford University Press, 2017. p. 23.

mobilidade.⁵⁶⁹ É neste sentido que deve estar a atenção da regulação do Estado, pois o desenvolvimento, segundo a OCDE, deve ocorrer de modo inclusivo, dando mais oportunidades de empreendedorismo, empregos e maiores rendimentos.⁵⁷⁰ O crescimento inclusivo, portanto, requer acesso a oportunidades de emprego para os pobres e oportunidades de empreendedorismo para que novas empresas entrem e participem de mercados. A importância da busca por um crescimento convincente inclui a necessidade de os governos cuidarem das casualidades não intencionais do crescimento econômico por meio de políticas públicas, não deixando os cidadãos à margem de sua própria sorte, ao contrário, promovê-los ajudaria no crescimento econômico e reforçaria a legitimidade da política de concorrência.⁵⁷¹

Assim, uma vez estabelecido que o direito da concorrência deve levar em consideração os objetivos de desenvolvimento, resta definir como isso deve ser feito. Se for demonstrado que nos países em desenvolvimento, o direito da concorrência não pode buscar cegamente a eficiência econômica e o bem-estar do consumidor sem prestar atenção ao seu impacto sobre a coletividade e que o direito da concorrência deve contribuir para a sua promoção, logicamente deve-se questionar quais os ajustes necessários para se permitir que o direito da concorrência faça isso⁵⁷², inclusive, com a incorporação de pressupostos éticos e sustentáveis na cadeia produtiva, cuja observância não pode escapar da regulação antitruste.

Com estas premissas clareadas, permite-se retomar o debate para o oferecimento “[d]os incentivos certos – construir capital humano, investir, trabalhar duro – e garantir que os benefícios do livre mercado sejam amplamente compartilhados, de modo que as pessoas mantenham sua fé na eficiência e na justiça do sistema”.⁵⁷³ No caso brasileiro, por exemplo, deve-se observar a existência substrato jurídico-normativo para a instrumentalização do

⁵⁶⁹ FOX, Eleanor M. Outsider Antitrust: ‘Making Markets Work for People’ as a Post-Millennium Development Goal. In: BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE, Liberty. **Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries**. New York: Oxford University Press, 2017. p. 24-27.

⁵⁷⁰ FOX, Eleanor M. **Imagine: Pro-Poorer Competition Law. Organization for Economic Co-operation and Development – OECD**. Global Forum on Competition. Competition and Poverty Reduction. 14 feb 2013. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2013\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2013)4&docLanguage=En).

⁵⁷¹ CHENG, Thomas K. **Competition Law in Developing Countries. Economic Growth and Economic Development**. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 27-29.

⁵⁷² CHENG, Thomas K. **Competition Law in Developing Countries. Economic Growth and Economic Development**. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 128.

⁵⁷³ ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo: Reencontrando a chave da prosperidade americana**. Editora: Bei Comunicação, São Paulo, 2015. p. 108.

antitruste em prol do desenvolvimento ético e sustentável, que incorpora a promoção dos direitos humanos no centro da atividade empresarial, com reflexos exógenos e endógenos.

Para tanto, desde já deve-se enfrentar a dificuldade de implementação destes objetivos por meio da instrumentalização do antitruste na medida em que os processos decisórios permanecerem impermeáveis a argumentos substantivos de natureza constitucional⁵⁷⁴, em virtude da ampla aceitação dos pressupostos epistemológicos da Escola de Chicago, que baseia a análise antitruste exclusivamente em critérios consequencialistas de eficiência econômica⁵⁷⁵, sendo a principal razão para desconstitucionalização e paralisia do Direito da Concorrência, estando desconexo com outros anseios políticos, econômicos e sociais do Estado.⁵⁷⁶

Importante reiterar, deste modo, que o aparato econômico que subsidia as decisões antitruste não pode ser o mote orientador dos objetivos e valores a serem considerados pelo antitruste e, portanto, definidor dos conceitos de livre concorrência, eficiência, interesses do consumidor, entre outros. Estas definições, isoladas, encontram limitação prática na existência digna, sendo que a orientação deve se dar pela integração dos princípios da ordem econômica com o desenvolvimento sustentável. Desta maneira, compreende-se que o direito possui caráter valorativo sobre o instrumental econômico na fixação dos objetivos e sentido das regras concorrenciais, e, desta maneira, “o direito deve aceitar o desafio de obter novamente o controle sobre as relações sociais. Para tanto, a análise jurídica deve se livrar do Positivismo jurídico e ser capaz de propor uma abordagem estrutural das relações econômicas”.⁵⁷⁷

⁵⁷⁴ SCHUARTZ, Luiz Fernando. **A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência**. Revista do IBRAC. V. 16, n. 1, p. 325-351, 2009. p. 327.

⁵⁷⁵ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 29.

⁵⁷⁶ “Não parece exagerado falar em paralisia do direito antitruste. Desde os anos 1980, período em que a escola do pensamento neoclássico passou a dominar o quadro teórico e a aplicação prática do antitruste, primeiro nos Estados Unidos da América, e em seguida espraiando sua influência pelo mundo, as reflexões sobre o antitruste têm perdendo densidade, tanto teórica quanto de objetivos. Se não, vejamos. Quanto à primeira (perda da densidade teórica), doutrina e jurisprudência, sobretudo norte-americana e europeia, contentam-se com pontuais polêmicas entre defensores de teorias neoclássicas ortodoxas e defensores das teorias ditas “pós-Chicago”. Tentam, então, descobrir se um ilícito deve ser justificado com base na eficiência da prática ou se há alguma estratégia por trás da conduta que leve à prática de free-riding e, portanto, à não melhoria da riqueza total. Apesar de (algumas) serem formalmente muito elegantes, essas polêmicas pontuais têm levado a transformações e a melhorias bastante marginais do direito antitruste. Nesse quadro, o direito antitruste vai sendo cada vez mais relegado a um tratamento meramente prático e casuístico, procurando seus aplicadores interpretar caso a caso qual a melhor aplicação e interpretação (geralmente econômica) da ideia da eficiência. Isso sem falar em análises ainda mais opacas, que procuram definir um aguçado conceito de “livre concorrência” em termos econômicos, geral e erroneamente identificado ao livre funcionamento dos mercados.” SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 3.

⁵⁷⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 45.

3.4 A DEONTOLOGIA CONSTITUCIONAL CONFORMADORA QUE (RE)INTRODUZ OS DIREITOS HUMANOS AO ESPECTRO DO DIREITO CONCORRENCIAL

As ideias predominantes sobre o papel da empresa na sociedade se modificaram de forma acelerada nos últimos anos, por meio de uma nova realidade oriunda da presença forças sociais, cada vez mais amplas, que exigiam uma perspectiva menos enviesada, uma vez que as decisões empresariais impactavam, sobretudo em economias concentradas, recaíam para toda a coletividade. Por isto, a história do século XXI demonstra que os anseios da sociedade são de uma atuação empresarial com alta responsabilidade social.⁵⁷⁸

Como decorrência da situação social e da evolução da atividade econômica, verificou-se que as empresas também podem violar direitos humanos e, mais, que suas atividades são meios para a consecução dos objetivos econômicos e sociais, portanto, devem ser atores de promoção e proteção destes direitos. Os exemplos abaixo mencionados são poucos relatos de situações potencialmente graves que afetam as pessoas e o meio ambiente, e a transposição do debate sobre a real necessidade de proteger os direitos humanos das corporações, pois, como se viu, a repressão ao abuso de direitos humanos na atividade privada é desprovido de qualquer *enforcement*, devendo-se encontrar o abrigo protetivo dentro do ordenamento jurídico nacional, pois regulações sociais tímidas ou inexistentes, aliadas a produção de bens a baixo custo favorecem um alto passivo ambiental, social e humano.

Um olhar atento aos casos em que os direitos humanos e o direito de concorrência interagem estreitamente entre si podem implicar em práticas corporativas anticompetitivas, como já demonstrado, incorrendo em danos simultâneos e graves. De acordo com o princípio orientador n. 13, a violação de direitos humanos por empresas pode ocorrer de três formas: (1) a corporação pode causar o impacto, através de suas atividades; (2) pode contribuir para o impacto, através de suas atividades – seja diretamente ou por meio de outra entidade; e (3) pode simplesmente encontrar-se envolvida no impacto causado por entidade com a qual tenha relações de negócio e com ela se ligue por suas operações, produtos e serviços. Além disto, a violação dos direitos humanos pode ser subdividida em duas categorias: (i) a ocorrência de violações em virtude de atos praticados diretamente, pela própria empresa ou por meio de sua

⁵⁷⁸ SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: companhia das Letras, 2010. p. 361-362.

ação em conjunto com outros atores; e (ii) violações ocorridas como efeito de ações tomadas indiretamente por corporações na realização de suas atividades.⁵⁷⁹ Além destes, o desrespeito aos direitos humanos muitas vezes envolve a violação dos direitos civis e políticos; por exemplo, a discriminação e conseqüente desrespeito aos direitos das minorias ou a proibição da negociação coletiva por parte de seus empregados. Queixas envolvendo trabalho forçado em condições de escravidão por funcionários de empresas terceirizadas na cadeia produtiva também não são incomuns.⁵⁸⁰ Violações de direitos humanos também são encontradas nos casos em que as empresas, que atuam em parceria com os Estados para a implantação de obras de infraestrutura com alto potencial de impacto socioambiental, não abrem canais de consulta pública com as populações a serem afetadas. Outras violações graves, como despejos forçados sem reparação a famílias feridas, ou danos ambientais significativos ocorrem em várias comunidades ao redor do mundo.⁵⁸¹

Neste sentido, a incorporação dos temas envolvendo os direitos humanos deve ocorrer em um aspecto central da empresa, permeando toda a sua estrutura, com especial inclusão destes direitos no core da estrutura empresarial, em todas as suas instâncias de decisão, no sistema de gestão da organização e, desta forma, nas suas cadeias contratuais que se encontrem ao abrigo da tutela do mercado e do direito concorrencial, legitimando a atividade empresarial na medida em que o projeto do empresário se torna compatível com o igual direito dos outros empresários e, mais que isso, de todos os membros da sociedade que também realizarem os seus respectivos projetos de vida, já que a dignidade da pessoa humana decorre da intersubjetividade dos direitos de todos e da interpenetração entre liberdade e igualdade por meio de critérios de justiça social.⁵⁸²

Desta maneira, por meio de uma conduta originalmente ilícita (abuso de direitos humanos), o agente visa/consegue reduzir artificialmente os custos da firma e, deste modo, percebe vantagens que podem variar do “mero” lucro empresarial até o domínio do mercado. É com esta conduta que o concorrente pode praticar atos reprováveis na formação do preço

⁵⁷⁹ AGUIRRE, Daniel. **The Human Right to Development in a Globalized World**, Aldershot. Ashgate, 2008. p. 4-5.

⁵⁸⁰ MCBARNET, Doreen. Human Rights, Corporate Responsibility and the New Accountability. in CAMPBELL, Tom; MILLER, Seumas. **Human Rights and the Responsibilities of Corporate and Public Sector Organisations**. Dordrecht, Kluwer, 2004. p. 68-69.

⁵⁸¹ DEVA, Surya. **Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business**. Londres, Routledge, 2012.

⁵⁸² FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 47.

(abusando de direitos humanos) e/ou preços predatórios, que segundo a literatura antitruste, se caracteriza quando o competidor procura eliminar a concorrência por meio da venda de seus produtos abaixo de seus custos médios⁵⁸³, almejando recuperar as perdas no futuro por meio da conquista do poder de mercado/monopólio.

Apesar da intrínseca relação entre atividade empresarial e direitos humanos, não se pode refutar que está dogmática seja ignorada pelo direito concorrencial em virtude da ideologia neoclássica chicagiana que norteia o antitruste brasileiro. Embora se possa dizer que os direitos humanos representam valores e aspirações sociais, a política de concorrência preocupa-se com a proteção do processo competitivo para garantir uma alocação eficiente de recursos, representada por preços mais baixos e a maior escolha do consumidor, elementos estes que seriam representativos do bem-estar.⁵⁸⁴ Ao desconsiderar – por pressuposto ideológico - o fato de que as empresas violadoras de direitos humanos geram externalidades negativas⁵⁸⁵, impondo uma parcela do custo de uma atividade a terceiros não envolvidos diretamente na relação (as vítimas, os concorrentes e a coletividade), não se contabiliza que tais bens produzidos são ofertados com má alocação de recursos, sem que o preço da atividade reflita o custo (material e social) imposto à coletividade, mediante uma vantagem não competitiva para a empresa infratora. Neste sentido, revelando-se a presença de externalidades negativas na atividade empresarial com abuso de direitos humanos e, respectivamente, no mercado competitivo, deve-se autorizar a regulação antitruste, haja vista que a competição está em desacordo com os modelos pretendidos pelo ordenamento, devendo haver correção das falhas que artificialmente lhe afetam⁵⁸⁶, exatamente por se considerar que o ambiente concorrencial adequado será aquele em que a concorrência ocorra de fato; onde empresas respeitam os valores fundamentais da República como a dignidade da pessoa humana e, desta forma, buscam padrões éticos de

⁵⁸³ HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust**. 3 ed. Black Letter Series – West Group, 1994. p. 298.

⁵⁸⁴ A busca pela eficiência econômica, o exame de variáveis, como preço, qualidade, inovação, bem como a própria interface entre a defesa da concorrência e outras políticas públicas surgem como ingredientes desse debate. [...]. Por meio de concorrências entre empresas, gera-se uma pressão competitiva por menor preço, melhor qualidade e maior variedade de produtos e de serviços, todos em claro benefício para os consumidores finais. SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 2-3.

⁵⁸⁵ “Definimos por ora externalidade, neste sentido mais amplo, como toda situação em que a conduta de uma pessoa afecta o bem-estar de outra por vias extra-mercado – seja prejudicando-o sem ter que pagar, sem beneficiando-o sem ter possibilidade de fazer-se pagar por isso, em ambos os casos por ausência de um mecanismo espontâneo de contrapartida, de <internalização> de custos ou de benefícios. ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3 ed., 5 reimp. Portugal: Almedina, 2007. p. 56.

⁵⁸⁶ SULLIVAN, E. Thomas; HARRISON, Jeffrey L. **Understanding Antitrust and its Economics Implications**. 6. ed. New providence, NJ: LexisNexis, 2014.

atuação, a tutela de eficiência do mercado será realizada pelo direito da concorrência, que engloba o conjunto de regras que garantem a competição efetiva (ou potencial), não falseada por meio de práticas colusórias ou abusivas, sob pena de o enfraquecimento da concorrência gerar benefícios privados à custa da diminuição do bem-estar da coletividade.⁵⁸⁷

A análise da relevância do direito concorrencial para a realização do desenvolvimento sustentável deve ser feita, como defendido ao longo desta tese, a partir da perspectiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos, cuja abordagem deve necessariamente relacionar este fundamento e objetivo da República com o antitruste no direito brasileiro, pois em que pese a compreensão e desenvolvimento do direito concorrencial dependam da influência histórica, fundamentos constitucionais, fatos institucionais e econômicos, o seu programa sempre foi permeado por diversos outros objetivos que não os meramente econômicos.⁵⁸⁸

Portanto, do diálogo entre os Direitos Humanos e Direito Concorrencial sob orientação constitucional compreende-se existir o liame entre a atividade empresarial e a promoção, proteção e reparação dos direitos violados, pois se determinadas prerrogativas empresariais afetam os direitos humanos, qualquer impacto do direito da concorrência na atividade empresarial, por sua vez, lhe afetará, pois todos os direitos são indivisíveis e afetam uns aos outros.⁵⁸⁹ Assim, torna-se cada vez mais premente que ocorra uma aproximação entre o Direito da Concorrência e a Constituição, na medida em que a repressão ao abuso do poder econômico apresenta nítidas implicações com o Estado Democrático de Direito, a salvaguarda das liberdades e da democracia, compromissos assegurados por meio de uma ordem econômica formada por princípios constitucionais deontológicos e vinculantes⁵⁹⁰.

A Constituição pauta-se na dignidade da pessoa humana e numa ordem econômica fundada na livre-iniciativa e na valorização do trabalho, com o objetivo de assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social, abriu-se a oportunidade para a aproximação entre o direito da concorrência e os anseios constitucionais. Nada obstante,

⁵⁸⁷ FREIRE, Maria Paula Vaz. **Eficiência e restrições verticais – Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Portugal, AFFDL, 2008. p. 130.

⁵⁸⁸ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31-33.

⁵⁸⁹ NWAUCHE, Enyinna Sodiénye. **Human Rights-Relevant Considerations in respect of IP and Competition Law**. Vol 2, Issue 4, December 2005. p. 477.

⁵⁹⁰ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 30.

apesar de clara a finalidade do SBDC (art. 1º da Lei 12.529/2011)⁵⁹¹, muitas práticas relacionadas à Ordem Econômica Constitucional, como o caso do abuso de direitos humanos por empresas, estejam indiferentes ao direito da concorrência, em que pese sua conexão direta com o disposto no art. 173, §4º da CF, segundo o qual “a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à eliminação da concorrência, ao domínio de mercados”.

Isso que aconteceu, na medida em que a lei 8.884/94 (substituída pela atual Lei 12.529/2011, que manteve praticamente a mesma redação acerca da finalidade do antitruste⁵⁹²), sendo progressivamente interpretada e aplicada segundo os pressupostos epistemológicos da Escola de Chicago, distanciando-se das premissas e discussões constitucionais que motivaram a própria criação do direito da concorrência no Brasil.⁵⁹³ A consolidação de um grande distanciamento entre os preceitos constitucionais e a legislação concorrencial é atribuída ao grande sucesso do antitruste norte-americano, que acabou por colonizar a sua aplicação no âmbito nacional, tornando-o metodologicamente consequencialista em seu sentido mais absoluto e alheio às discussões mais substantivas de natureza constitucional:⁵⁹⁴

O uso intensivo, direto ou indireto (via apropriação de proposições dos manuais ou documentos oficiais das autoridades estrangeiras, sobretudo as norte-americanas), da economia antitruste na solução de problemas jurídicos revolucionou o direito de defesa da concorrência no País. Mais do que isso: não há no direito brasileiro exemplo análogo de colonização, por uma teoria originalmente extrajurídica, dos programas normativos e argumentativos substantivos utilizados enquanto premissas nas atividades de interpretação e aplicação do direito. Esta revolução discreta e silenciosa operou em diversos níveis, mas é sem dúvida no nível metodológico que se encontram seus impactos mais radicais e ricos em implicações teóricas. [...]. A teoria oficial do direito de defesa da concorrência brasileiro não é apenas consequencialista neste sentido amplo. Em segundo lugar, trata-se de uma teoria do direito que é consequencialista em um sentido mais restritivo ou forte, vale dizer, no sentido da supremacia do critério relativo à valorização das consequências sobre os demais critérios de correção eventualmente considerados como relevantes.⁵⁹⁵

⁵⁹¹ DA FINALIDADE. Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

⁵⁹² “Não é demais lembrar que o art. 1º da Lei 8.884/94 era claro ao conectar o controle do poder econômico aos princípios da ordem econômica constitucional, [...] dispositivo que é praticamente reproduzido pelo art. 1º da atual Lei n. 12.529/2011”. FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 38.

⁵⁹³ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 38.

⁵⁹⁴ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 42.

⁵⁹⁵ SCHUARTZ, Luiz Fernando. **A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência**. Revista do IBRAC. V. 16, n. 1. p. 336-337.

A mencionada colonização seria a responsável por importar modelos de análise inadequados à realidade brasileira, o qual, por toda a sua evolução econômica, por sua ideologia política, econômica e social, se orienta por demandas próprias e demandas antitruste específicas para a atividade econômica de um país em desenvolvimento.⁵⁹⁶ Além disto, apesar de as Constituições do século XX terem incorporado os conflitos sociais e econômicos, em busca de uma remodelação conjunta com as mudanças estruturais sofridas pelo Estado, o direito administrativo continuou preso aos moldes liberais do século XIX, cuja missão exclusiva seria a defesa do indivíduo contra o Estado.⁵⁹⁷ Desta forma, as finalidades políticas, sociais e econômica do direito concorrencial brasileiro foram reduzidas aos conceitos de eficiência econômica, politicamente neutra e livre do subjetivismo de outras demandas de cunho social, fundadas em valores não econômicos.⁵⁹⁸ As análises econômicas encontram-se mais “engajadas com a manutenção dos postulados neoclássicos do que com a efetivação dos princípios constitucionais da ordem econômica, especialmente os da livre concorrência, da função social da empresa ou da justiça social”.⁵⁹⁹

No entanto, a proteção da concorrência não se resume ao funcionamento da “mão invisível” smithiana. O Estado introduz, em certas áreas, formas de organização das relações econômicas que não se rege pela lógica concorrencial neoclássica. No ordenamento, qualquer análise do direito concorrencial deve ser dúplice. Em primeiro lugar, é necessário estudar as regras aplicáveis aos particulares ou ao Estado enquanto exercem atividade econômica, aprofundando-se a análise da relação entre os poderes estatais típicos (regulamentar e fiscalizatório) e o sistema concorrencial para ‘tentar’ determinar o correto inter-relacionamento entre os dois setores; o setor regulamentado pelo Estado e setor autorregulamentado pelo mercado, no qual o estado deve, teoricamente, apenas assegurar o seu correto funcionamento, impedindo abusos. Desta forma, é preciso determinar até que ponto a regulamentação é capaz

⁵⁹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 3-4.

⁵⁹⁷ BERCOVICI, Gilberto. O estado desenvolvimentista e seus impasses: uma análise do caso brasileiro. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. xvLi[i.e. 47], 2004. p. 22-23.

⁵⁹⁸ Adverte-se que não se renuncia não se renunciando ao instrumental econômico como elemento analítico. Nada obstante, que “as críticas lançadas à Escola de Chicago não significam que a teoria econômica seja inútil para a análise do direito da concorrência, muito ao contrário [...], a ciência econômica explicará muitos dos fenômenos que devem ser regulamentados [...]. por ter a capacidade de ponderar as consequências da tomada de jurídicas, sendo uma indispensável ferramenta”, no entanto, “cada vez mais doutrinadores acreditam que o antitruste não se resume à simples busca de eficiência alocativa. O direito é fenômeno complexo que não pode ficar enclausurado nos limites da economia”. FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 182-183.

⁵⁹⁹ FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 86.

de excluir a aplicação do direito concorrencial e, se isto não for possível, até que ponto os princípios concorrenciais podem servir de parâmetro para o controle da ação estatal ou da conduta particular autorizada pelo Estado.⁶⁰⁰

A compreensão dos objetivos das normas concorrenciais exige uma análise ampla do sistema em que se insere para que possa atingi-los e exercer um grupo de funções diferentes, convergíveis entre si ou não, mas desde que alinhadas aos fundamentos constitucionais (econômicos e sociais), cuja deontologia conformadora, deve ser capaz de estabilizar os objetivos e funções exercidas pelas normas concorrenciais. Desta maneira, a lei antitruste e sua aplicação devem ser apolíticas, mas necessariamente devem operar em um contexto político,⁶⁰¹ que depende da fixação de valores que possam conduzir para uma explicação econômica global das decisões sociais e econômicas. Rememora-se, neste sentido, que o direito da concorrência foi influenciado, desde sua criação, por diversos outros objetivos que não os meramente econômicos⁶⁰², e, no Brasil, a defesa da concorrência possui o propósito de atender a razões sociopolíticas, visando a manutenção dos mercados e do livre sistema de preços, impedindo que o poder econômico desmedido acabasse comprometendo os objetivos sociais e o próprio poder do Estado.⁶⁰³

Países como o Brasil, cujo passado colonial e toda a evolução econômica posterior levaram a uma concentração econômica histórica e estrutural, não podem aplicar direta e acriticamente teóricas (como a de Chicago e suas adaptações posteriores) desenvolvidas para realidades econômicas completamente diversas, em que a desconcentração econômica era (e é) muito mais intensa. O desenvolvimento de uma teoria jurídica própria, que se ocupe dessas estruturas, não apenas levaria à criação de um pensamento jurídico regional e original, mas também e – mais que importante que tudo – permitira tratamento econômico e jurídico mais coerente com as realidades específicas desses países.⁶⁰⁴

O Brasil, ao inserir-se no contexto da globalização econômica, opta pelo regime de economia de mercado, “em que a livre-iniciativa, a defesa da concorrência e a proteção dos consumidores aparecem como elementos-chave para seu sucesso”.⁶⁰⁵ Assim, a ordem

⁶⁰⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 18.

⁶⁰¹ BAKER, Jonathan B. **The antitrust paradigm: restoring a competitive economy**. Cambridge: Harvard University Press, 2019. p. 54.

⁶⁰² FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31-33.

⁶⁰³ SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 2.

⁶⁰⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 4.

⁶⁰⁵ SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 2.

econômica constitucional, com fundamento na livre-iniciativa, livre concorrência e repressão ao abuso de poder econômico, vem a garantir aos agentes econômicos a oportunidade de competirem de forma efetiva.⁶⁰⁶ Quando se aduz a expressão ‘concorrência efetiva’, trata-se da concepção do mercado como um instrumento eficaz para alcançar importantes objetivos socioeconômicos, exigindo um comportamento empresarial ético, premiando os esforços empresariais e a habilidade de inovação, de modo que se permita o tráfego econômico em um contexto concorrencial sem gerar benefícios privados à custa da diminuição do bem-estar dos consumidores e da coletividade. Deste modo, a defesa da livre concorrência instituída pela Constituição Federal inclui a defesa de um ambiente concorrencial em que os agentes econômicos exerçam, de forma regular e sem abusos, o domínio sobre valores empresariais éticos⁶⁰⁷ a partir do diálogo deontológico com os Direitos Humanos, haja vista a compreensão direito concorrencial a partir dos fundamentos constitucionais e convencionais.

Uma ética com base no mercado. Outro elemento importante da pauta defendida por este livro é a redescoberta e a renovação dos alicerces morais do capitalismo. Parte daquilo que sustentou o sistema nos seus primórdios foi a convicção generalizada de que a concorrência permite que os melhores se sobressaiam. Essa convicção proporcionou legitimidade moral ao sistema capitalista e forjou uma norma social que ajudou a sustentar o funcionamento do próprio capitalismo. O dinheiro era uma manifestação do sucesso, mas não o único propósito da vida econômica. Aqueles que alcançavam o sucesso infringindo as regras não eram recompensados com o prestígio social.

Para que o capitalismo funcione dessa maneira, aqueles que acreditam no livre mercado precisam promover normas sociais essenciais. Apesar de certos excessos, o politicamente correto contribuiu para grandes desenvolvimentos nos Estados Unidos. [...]. Ações oportunistas que prejudiquem a sociedade como um todo devem ser condenadas, e as pessoas que se envolvem nelas, execradas.⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ Deve sempre se observar que o direito da concorrência visa a proteção de um mercado concorrência efetivo que promova o bem-estar da coletividade: “As normas de defesa da concorrência não se orientam pelo objetivo de aproximar o mercado da concorrência perfeita, mas, sim, em promover a concretização de um ambiente de concorrência efetiva. Pois, a partir do enfraquecimento da concorrência geram-se benefícios privados à custa da diminuição do bem-estar”. FREIRE, Maria Paula Vaz. **Eficiência e restrições verticais – Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Portugal, AFFDL, 2008. p. 130.

⁶⁰⁷ “Note-se que não se conclui que a Ética deve ser a única base da Economia. Ela deve ser considerada ao lado de muitos outros elementos na definição das preferências sociais. Aí está o centro da teoria de Sen. A forma por ele encontrada para superar o péssimo filosófico em que se encontrava a teoria do bem-estar foi, de um lado, negar a racionalidade das escolhas exclusivamente motivadas pelo autointeresse e, de outro, aumentar a base de dados, incluindo, na análise, elementos como o ético, o combate à miséria e a própria racionalidade neoclássica. [...]. Seu modelo procura, então, apenas desenvolver instrumentos econômicos que permitam lidar com essa base de dados mais ampla, sem se preocupar em definir quando e como um outro deve prevalecer.” SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 32-33.

⁶⁰⁸ ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo: Reencontrando a chave da prosperidade americana**. Editora: Bei Comunicação, São Paulo, 2015. p. 228-229.

A intervenção do Estado na economia, do dirigismo estatal à disciplina do mercado, não se faz de forma uniforme e estática, ao contrário, é marcada por fluxos e refluxos e passa por hesitações que não permitem considerá-la como uma estratégia política imposta ao Estado pelos interesses econômicos dominantes. O direito não se reduz à economia e, com base nisto, a intervenção do Estado invoca a seu favor critérios valorativos absolutamente estranhos à economia, por exemplo, a satisfação plena de necessidades básicas, a efetividade da livre empresa, a atenuação de riscos provocados pela atividade econômica pública e privada, com especial destaque para a erradicação de riscos ambientais e ecológicos, e, nos termos apresentados por este estudo, a extirpação de qualquer risco relacionado com a violação dos direitos humanos. Portanto, a compreensão dos fins da intervenção se torna necessária uma visão plena e integrada do meio econômico e social,⁶⁰⁹ contemporizando a permanente polaridade entre eficiência econômica e justiça social.⁶¹⁰

Isto significa que o regime normativo da defesa da concorrência deve colocar de lado o debate teórico nas escolas econômicas e optar pelos preceitos direcionadores da Constituição, composto por seus próprios elementos estruturantes, que objetiva a promoção da justiça econômica e social, com esteio na consideração de que é o mercado o seu mais legítimo e eficiente defensor, não se limitando as regras da concorrência, portanto, a defender o mercado como ordem normal das trocas econômicas, elas lhe organizam e desenvolvem com pressuposto de que do seu adequado funcionamento decorre a ordem econômica mais justa e eficiente profusa de objetivos da política econômica.⁶¹¹

O direcionamento constitucional da ordem econômica, neste sentido, visa a promoção da dignidade da pessoa humana e da justiça social, sendo que os princípios que lhe

⁶⁰⁹ MONCADA, Luiz S. Cabral de. **Direito Económico**. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2018. p. 8-9.

⁶¹⁰ Esta tese aborda a regulação concorrencial em prol da proteção dos direitos humanos na atividade empresarial como mais adequado e eficiente. Nada obstante, com relação às normas programáticas, relativas às prestações sociais, deve-se registrar concordância ao que aduz Luiz S. Cabral Moncada, de que estas não se encontram em “uma via em sentido único de que não há retorno possível. A política económica e social que a caracteriza tem ser permanentemente ponderada em função de considerações de crescimento económico [leia-se desenvolvimento nos termos defendidos acima]. Tudo isto se obriga a uma visão relativista dos objetivos económicos e sociais onde se louva principalmente quando, como no caso português, têm consagração constitucional através de normas programáticas pelo peso da realidade económica. A economia impõe as suas próprias condições à norma jurídica, assinala-lhe os seus limites e condiciona o seu nível de eficácia. Sendo o Estado Social uma realidade eminentemente normativa acaba por ficar limitado pelo peso da realidade económica. Uma visão adequada do Estado Social deve ser assim crítica no sentido de aberta ao devir das realidades económicas. Não pode encerrar-se no texto constitucional e ignorar o peso das conjunturas económicas. O possibilismo é assim elemento essencial do Estado Social”. MONCADA, Luiz S. Cabral de. **Direito Económico**. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2018. p. 40.

⁶¹¹ MONCADA, Luiz S. Cabral de. **Direito Económico**. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2018. p. 437.

fundamentam são de cunho social com o propósito de uma transformação positiva da coletividade, imbuindo o Estado a promover políticas públicas baseadas no desenvolvimento sustentável. Para tanto, a ordem econômica não se restringe aos enunciados constitucionais, valendo-se de legislações infraconstitucionais, como a lei de defesa da concorrência, objeto de análise desta tese, para intervir no mercado, impondo regras aos agentes econômicos, fomentando a atividade e buscando um mercado equilibrado e com concorrência efetiva, segundo os critérios de justiça social,⁶¹² evitando a sobreposição entre princípios-valores constitucionais, cujo efeito imediato é a distorção da ordem jurídico-econômica.

Uma vez que a dignidade da pessoa humana decorre da intersubjetividade dos direitos de todos e da interpenetração entre liberdade e igualdade por meio de critérios de justiça social, a legitimidade da atividade empresarial somente existirá quando houver respeito ao igual direito dos outros empresários (concorrentes) e, mais que isso, aos membros da sociedade que também pretendem realizar os seus respectivos projetos de vida. Assim, todas as relações de poder, incluindo o poder econômico, devem ser exercidas em conformidade com os direitos fundamentais e os demais princípios constitucionais, os quais, por terem força deontológica e vinculante, não podem estar sujeitos a meras considerações de custo-benefício, tão comuns ao raciocínio político.⁶¹³ O efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre todo o sistema normativo traduz a ação conformadora que o direito constitucional deve exercer sobre todas as esferas do ordenamento jurídico, inclusive nas relações privadas, portanto, no encontro entre o direito concorrencial com o dever de proteção dos direitos humanos se verifica fundamento para o reconhecimento da função antitruste, cuja finalidade consiste em, por meio da defesa da

⁶¹² MONCADA, Luiz S. Cabral de. **Direito Económico**. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2018, pp. 35; 50-51. “A intervenção dos poderes públicos é, pois, ditada por considerandos de justiça distributiva ou mesmo social numa tentativa de controlo e conformação dos resultados do actividade privada necessária à consolidação do mercado. Do ponto de vista do moderno Estado intervencionista, o funcionamento do mercado não é encarado como um jogo de <soma-zero> em que os participantes estão colocados na situação em que o que uns ganham é o que os outros perdem que como quem diz, numa situação de puro conflito. Pretende-se, pelo contrário, que do funcionamento do mercado resulte uma situação materialmente adequada para cada um aceitável segundo os critérios da justiça social e que se concretiza na melhoria da situação dos mais desfavorecidos. Daí que a actividade privada deva ser corrigida pelas instituições políticas, sendo a norma jurídica o instrumento dessa tarefa. Por sua vez, tal tarefa pode exigir não apenas uma atitude de correcção, mas também de controlo ou de conformação da mesma tudo dependendo do modelo concreto de Estado intervencionista instituído. [...]. Se o Estado já não defende os consumidores e o público em geral através do senhorio das empresas, deve fazê-lo através da regulação. [...]. Esta é indispensável para o funcionamento adequado do mercado impedindo as deficiências do seu funcionamento que a ordem privada (e pública) da economia gera; o abuso do poder económico, as distorções da concorrência, a concentração excessiva com todas as respectivas consequências em prejuízo do consumidor e do efectivo exercício do direito de livre empresa privada [...].”

⁶¹³ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 46.

livre concorrência e do combate ao exercício abusivo de poder econômico, concretizar os diversos objetivos – políticos, sociais, econômicos, e outros dirigidos à promoção do bem-estar da coletividade –, princípios e valores elencados na ordem econômica constitucional, os quais devem orientar sua interpretação e sua aplicação.

Desta forma, uma mudança político-institucional é necessária e só é possível através de profunda discussão política dos valores protegidos pelas normas, pois a força transformadora e propulsora do direito se encontra no fato de ele poder ser, mais uma forma de definição de valores, um instrumento efetivo de conhecimento da própria sociedade. É de rigor que a norma seja instrumental ao funcionamento do sistema econômico social para afugentar o impasse político ideológico e permitir a sua aplicação prática e, ainda, garantir seu caráter cognitivo. Assim, ao mesmo tempo, a regra deve permitir a intervenção estrutural e ser procedimental. Esse conceito aplicado ao campo concorrencial exige uma redefinição da própria noção de concorrência.⁶¹⁴

A instrumentalidade do art. 1º da Lei 12.529/2011 elenca a coletividade como titular dos bens protegidos e estabelece a finalidade de se prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica, orientada por ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e ao abuso do poder econômico. Assim, dada a evolução histórica da legislação concorrencial, esta se dispõe como caráter instrumental em relação aos objetivos do Estado e com dupla instrumentalidade, de um lado, por meio de normas e instituições, para organizar os processos que devem fluir segundo as regras da economia de mercado e converter-se em um instrumento de uso do Estado para influenciar tais processos; e, por outro, converte-se em instrumento de que o Estado pode lançar mão para influir em tais processos, de modo que, em um só tempo, obtem a consecução de determinada política social, sendo um instrumento destinado ao desenvolvimento de políticas

⁶¹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 33-36.

públicas,⁶¹⁵ garantindo, pela regulação⁶¹⁶, a manutenção dos mercados e do livre sistema de preços, impedindo que o poder econômico desmedido acabe comprometendo os objetivos sociais e o próprio poder do Estado.⁶¹⁷

3.4.1 A revisão dos conceitos de poder de mercado, eficiência, bem-estar a partir do direcionamento constitucional do antitruste em prol dos direitos humanos

Ao longo deste capítulo se observou a majoritária aplicação do direito concorrencial atrelada à teoria neoclássica, cujos conceitos e raciocínios de eficiência limitam a sua conformação aos valores e objetivos de ordem constitucional, impedindo a necessária deferência a outros valores essenciais, de espectros “não econômicos”, reduzindo a livre-concorrência a critérios de melhor preço e bem-estar do consumidor.

Por outro lado, cunhou-se a ideologia política do antitruste de maneira indissociavelmente conectada aos objetivos constitucionais, institucionalizados pela ordem econômica, e, além disto, que a própria legislação não lhe limita à critérios puramente econômicos, tornando-se premente que ocorra a revisão de seu conceito e objetivos, seja pela melhor interpretação ou pelas novas demandas sociais impostas aos mercados, retomando a sua validade enquanto instrumento ideológico político e transformador do atual contexto socioeconômico, resultando em uma nova perspectiva de atuação para o Cade (cf. subcapítulo 3.4.2) e, também, para a regulação das relações privadas através do instituto da concorrência

⁶¹⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 7 ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 33. Complementa Paula Forgini: No Brasil, se reconhece que a implementação de um efetivo sistema de direito da concorrência ocorreu com as reformas da década de 1990: “No início da década de 30, o Estado brasileiro intensifica sua atuação sobre e no domínio econômico, para não apenas corrigir as disfunções trazidas pela economia vigente, mas também (e principalmente) conduzir esse sistema, regulamentando a atividade dos agentes econômicos. A questão que naturalmente se apresenta versa sobre o início da intervenção estatal na economia brasileira: em qual período identificamos seu nascimento? Sem a pretensão de discutir tema estranho ao objeto principal desse livro, tomamos por certo o fato de que a intervenção estatal no Brasil, sempre houve”. [...]. “Observa-se, portanto, que, embora o Direito da Concorrência brasileiro, em suas origens, tivesse uma relação de proximidade com a Constituição, a sua aplicação acabou distanciando-o da ordem econômica constitucional tornando-o instrumento flexível de implementação das políticas econômicas do Estado, ainda que incompatíveis com o ambiente concorrencial”. FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 99.

⁶¹⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito da Concorrência**. 6 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 101.

⁶¹⁷ SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 2.

desleal, refletindo sua contribuição para o desenvolvimento sustentável e, portanto, para toda a sociedade.

A Constituição Dirigente não estabelece uma linha única de atuação para a política, reduzindo a direção política à execução dos preceitos constitucionais, ou seja, substitui a política. Pelo contrário, ela procura, antes de mais nada, estabelecer um fundamento constitucional para a política. O programa constitucional não tolhe a liberdade do legislador ou a discricionariedade do governo, nem impede a renovação da direção política e a confrontação partidária. Essa atividade de definição de linhas de direção política tornou-se o cumprimento dos fins que uma república democrática constitucional fixou em si mesma. Cabe ao governo selecionar e especificar sua atuação a partir dos fins constitucionais, indicando os meios ou instrumentos adequados para a sua realização. Desta forma, a Constituição dirigente não substitui a política, mas se torna a sua premissa material.⁶¹⁸

A utilização do direito concorrencial enquanto caráter transformador pode se justificar, assim, por inexistir qualquer menção à obrigatoriedade de aplicação de maneira eminentemente econômica e, ainda que houvesse, seus imperativos deveriam ser interpretados, adequados e aplicados em conformidade com as demais premissas do sistema jurídico nacional, promovendo e garantindo a dignidade humana e a justiça social, ideologia constitucional extraída dos princípios norteadores da ordem econômica.

Será por meio da lei que o Estado encontrará forma para realizar seus objetivos, dentre outros, expor o próprio direito, regulando situações, criando direitos e deveres. As normas jurídicas são comandos, que reconhecem uma espécie de vontade coletiva, cujo sentido objetivo é um dever-ser que vincula os seus destinatários.⁶¹⁹ A legitimidade, por sua vez, é a legalidade acrescida de sua valoração⁶²⁰, é um atributo de poder.⁶²¹ É a legitimidade que questiona o cumprimento de preceitos fundamentais da lei, que a justificam ou a invalidam na sua substância. Um regime será legítimo quando o poder for exercido em conformidade com as crenças, valores e os princípios da ideologia dominante.⁶²² No entanto, a versão de pós-

⁶¹⁸ BERCOVICI, Gilberto. O estado desenvolvimentista e seus impasses: uma análise do caso brasileiro. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. xvLi[i.e. 47], 2004. p. 22.

⁶¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 8-9.

⁶²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 141

⁶²¹ SANTOS NETO, João Antunes dos. Legalidade e decisões políticas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 234, p. 147-175, out./dez. 2003.

⁶²² BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 141.

positivismo⁶²³ defendida por Neil MacCormick não aceita a estrita separação positivista entre o direito tal como ele é e o direito tal como ele deve ser, nem muito menos aceita a distinção entre teorias do direito e teorias da decisão. Ademais, esta linha rejeita o entendimento de que as fontes do direito são exaustivas e suficientes para determinar o conteúdo das regras jurídicas.⁶²⁴

Assim, o direito é visualizado como uma prática interpretativa em que o sentido das suas normas é gradualmente construído, ao invés de plasmado (isoformismo) ou descoberto pela simples observação de fenômenos empíricos. A ideia é bem explicada por Roesler e Rubinger-Betti: “[...] são argumentos que dão coerência e conteúdo ao Direito, na medida em que considera o sistema jurídico um sistema que deve ser interpretado de forma completa”,⁶²⁵ permanentemente aberto a argumentos morais, éticos e pragmáticos.⁶²⁶

Para a teoria institucionalista⁶²⁷ o Direito é uma ordem normativa institucional, cuja aspiração é estabelecer uma ordem, no sentido de organização e disciplina, desvestindo-se do seu caráter de exclusiva coercitividade.⁶²⁸ A partir dessa necessidade de organizar e ordenar as condutas sociais, se estabelece um conjunto de padrões a serem seguidos de modo "vinculante" por todas as pessoas dentro de um determinado território.⁶²⁹

⁶²³ Considerando que a noção de pós-positivismo não é unívoca, para o propósito deste trabalho, delimita-se o pós-positivismo conforme Thomas Bustamante, para o qual trata-se de um conjunto de teorias jurídicas que: a) estabelecem limites, em casos extremos, ao conteúdo do direito, por meio dos critérios formais ou institucionais utilizados pelo positivismo; b) ditam uma relativa obrigação de que as decisões judiciais devem guardar um mínimo ético, reconhecendo-se um “umbral de injustiça” que o jus positum não deve ultrapassar; e c) também, considerem o Direito como uma prática social argumentativa, e que apenas não sejam descritivas (como as de Kelsen e de Hart), mas prescritiva, haja vista que sua realização (jurídica) deverá ser justificada por uma razão prática. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 106, p. 263-313, jan./jun. 2013. p. 167-168.

⁶²⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 106, p. 263-313, jan./jun. 2013. p. 274.

⁶²⁵ ROESLER, Claudia Rosane, E RÜBINGER-BETTI, Gabriel. "O julgamento da ADI N° 3510 sob a perspectiva argumentativa. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 3, nov.2014. p. 683.

⁶²⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 106, p. 263-313, jan./jun. 2013. p. 274.

⁶²⁷ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 1.

⁶²⁸ KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William S. Direito, Estado e Razão Prática: a teoria do direito de Neil MacCormick. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (Orgs.). **Coleção Teoria Crítica do Direito: o positivismo jurídico no séc. XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 16.

⁶²⁹ KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William S. Direito, Estado e Razão Prática: a teoria do direito de Neil MacCormick. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (Orgs.). **Coleção Teoria Crítica do Direito: o positivismo jurídico no séc. XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 17.

Ao se compreender o direito como ordem institucional normativa, este terá por finalidade buscar a justiça e necessariamente se voltar a solucionar conflitos práticos de modo moralmente aceitável: “uma certa pretensão de justiça, ou seja, uma aspiração afirmada de se estar alcançando a justiça (ainda que ela seja a máscara para uma intenção partidária ou sinistra) está necessariamente incorporada no próprio ato de criação do direito no contexto de um Estado-nação”.⁶³⁰

Nesse contexto, a lei surge como um caminho heterônomo, com requerimentos categóricos de direitos e deveres, obrigações que se impõem a cada agente moral, representando um contraste à moralidade que é dotada de autonomia, discursividade e controvérsia. A heteronomia utilizada por Neil MacCormick vem do conceito aplicado por Immanuel Kant⁶³¹ no sentido de que não é o agente moral que dá a lei a si próprio, mas o objeto perseguido é quem enuncia a lei pela qual a vontade deve determinar-se.

Assim, o direito não pode ser abstraído da moral e da política⁶³², por envolver escolhas a cargo do legislador ou do juiz e da sua valoração a partir da norma válida (reconhecida pela sociedade) e dos fatos trazidos a sua colação. Pois, as leis são o produto de uma atividade racional e teleológica, voltada à realização de programas políticos estruturados e voltados a realização da justiça e do bem comum. Por isto, “aqueles que participam da edição de uma lei devem supor que algum tipo de valor será alcançado através da sua implementação”.⁶³³ Parece claro, portanto, que estas são editadas para, vislumbrando um “problema” ou “mal”, corrigi-lo.

Nesses termos, entre várias interpretações possíveis e rivais, todas fundadas em argumentos válidos, sejam linguísticos, sejam sistêmicos, de várias espécies e apontando em direções opostas ou até em vários sentidos diversos, parece que a solução acerca da escolha da melhor interpretação deverá passar pela intenção legislativa, ou, em outros termos, deverá levar em consideração os fins objetivamente previstos pela legislação, considerada no contexto do sistema jurídico como um todo.

⁶³⁰ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 276.

⁶³¹ “Quando a vontade busca a lei, que deve determiná-la, em qualquer outro ponto que não seja a aptidão das suas máximas para a sua própria legislação universal, quando, portanto, passando além de si mesma, busca essa lei na natureza de qualquer dos seus objectos, o resultado é então sempre heteronomia. Não é a vontade que então se dá a lei a si mesma, mas é sim o objecto que dá a lei à vontade pela sua relação com ela”. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70 Lda, 2007. p. 86.

⁶³² MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 81

⁶³³ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 176.

Não se trata de uma consideração subjetiva a respeito das “intenções pessoais, singulares, de cada um dos legisladores”, mas sim de considerar a intenção da “entidade ideal”, como sendo um dado objetivo, atribuível à legislação objeto da interpretação. E caberá ao Juiz determinar qual a intenção da lei, enquanto entidade ideal, que melhor realize os valores subjacentes à própria lei ou às leis que informam ou são informadas pelos dispositivos legais objetos da interpretação.⁶³⁴

Dado o caráter de ordem normativo institucional do Estado, qualquer moralidade razoável deve incluir uma demanda por justiça no conteúdo e administração da lei. Não há um consenso sobre uma escala de injustiça para tornar a lei corrompida. A partir destas considerações de Neil MacCormick sobre o caráter justo da lei e sua respectiva aplicação, volta-se às reflexões de Amartya Sen sobre justiça, cuja promoção deve decorrer do raciocínio público, por meio da reflexão coletiva e de juízos comparativos sobre o bem-estar de uma sociedade e sobre como estão sendo capazes de alcançar seus anseios, o que denota afastamento sobre contratos hipotéticos e arranjos perfeitamente justos, com comportamentos idealizados, mas sim do comportamento real e efetivo dos indivíduos e instituições preocupados em eliminar as injustiças manifestas na sociedade.

As instituições como o Estado, o sistema jurídico, o mercado, os partidos políticos e os meios de comunicação podem ser avaliados e analisados como justos ou injustos de acordo com a contribuição que exercem ao acréscimo de liberdades aos indivíduos. Da mesma maneira, essas instituições podem agir em sentido negativo, restringindo a oportunidade de se viver uma vida digna, o que caracteriza uma sociedade injusta. Assim, concilia-se a concepção moral da lei com o pensamento de Amartya Sen, devendo servir ao propósito de garantir uma igualdade de oportunidades aos membros de uma sociedade e, portanto, qualquer noção desenvolvimentista deve passar, antes, pela maior realização possível das liberdades instrumentais, evidenciando um modo de se fazer justiça no Estado na contemporaneidade. Considerando que esta ideologia também pode ser extraída dos objetivos constitucionais, o direito concorrencial deve atuar de maneira conjugada ao desenvolvimento (humano, social e econômico), sem reducionismo à eficiência econômica enquanto valor perseguido pela ordem econômica.

⁶³⁴ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 179-180

Como se demonstrou ao longo desta tese, existe a necessidade de deferência dos conceitos de concorrência, eficiência e bem-estar do consumidor aos preceitos constitucionais - da dignidade da pessoa humana; desenvolvimento sustentável e ordem econômica - passando a considerar os custos não compensados por violações empresariais aos direitos humanos como valores econômicos (meta-econômicos e econômicos), passando a sua proteção à integrar os objetivos do direito concorrencial e, portanto, irradiando efeitos sintáticos aos conceitos de eficiência e bem-estar dos consumidores.

Derramar esta confluência de objetivos impõe que processos de produção e critérios de consumo sejam adequados a interesses maiores e mais profundos da sociedade, que nos âmbitos público e privado, reclama pautas de desenvolvimento sustentável que reverberam perante a regulação do mercado concorrencial, composto por fatores culturais, econômicos, sociais e políticos, de onde o exercício abusivo do poder econômico deve ser extirpado⁶³⁵, conforme autorizam os valores sociais historicamente reconhecidos pela ordem econômica, sob a percepção de que o aumento do poder de mercado prejudica a produtividade econômica. Mas também pode ter efeitos significativos sobre a demanda dos consumidores, pois conforme o dinheiro se move da base para o topo da pirâmide, o consumo agregado diminui simplesmente porque aqueles no topo consomem uma fração menor de sua renda que aqueles abaixo, que gastam maior parte da renda para sobreviver.⁶³⁶

Desta forma, para restaurar a economia, é necessário um renovado compromisso para restringir os excessos de poder de mercado, onde quer que existam e como quer que tenham surgido, de forma competitiva ou não, em mercados monopsônicos ou monopólicos, invertendo-se o ônus da prova, por exemplo, no caso de práticas predatórias, que deveriam ser ilegais, “a menos que houvesse fortes evidências de que a) há significativos ganhos em eficiência e uma proporção significativa dos benefícios desses ganhos em eficiência atinge outros que não a empresa e b) esses ganhos em eficiência não poderiam ser obtidos de maneira menos anticompetitiva”.⁶³⁷ Isto seria possível, como dito, em qualquer prática, todavia, a

⁶³⁵ CARVALHO, Vinícius Marques. *In*: CORDOVIL, Leonor et al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 47.

⁶³⁶ STIGLITZ, Joseph E. **Povo, poder e lucro: Capitalismo progressista para uma era de descontentamento**. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 2021. p. 86.

⁶³⁷ STIGLITZ, Joseph E. **Povo, poder e lucro: Capitalismo progressista para uma era de descontentamento**. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 2021. p. 93.

aferição de legalidade da prática em violações de direitos humanos estabelece um novo e definitivo estágio de aprovação.

No setor farmacêutico, intimamente associado ao direito humano à vida e à saúde, uma única fabricante de produto Syprine - não patenteado, mas aprovado pela FDA (Anvisa americana) – fundamental para sobrevivência daqueles com uma rara condição que afeta o fígado, chamada de doença de Wilson, usou seu poder de mercado em 2015 para aumentar os preços da pílula vendida por 1 dólar em alguns países, até que a dosagem necessária para um ano passou a custar 300 mil dólares.⁶³⁸

A admissão de empresas que violam direitos humanos na sua atividade negocial, através de poder de mercado, é feita de forma cúmplice ao falseamento sobre o conceito de concorrência efetiva e impõe um duplo prejuízo, pois permite o domínio de mercado por meio de vantagens concorrenciais oriundas de atos ilícitos e permite que triunfem justamente aquelas que, deliberadamente ou não, forem mais prejudiciais à ordem econômica e à coletividade.⁶³⁹ Considerando que as violações podem ser revertidas em vantagem concorrencial de variadas formas, conforme cada caso concreto, existe a necessidade de que o controle de estruturas e de condutas inclua a compreensão do respeito às regras básicas do direito, entre as quais, o cumprimento de normas legais, de forma a não se prestigiar a predação jurídica, consistente na diminuição de custos à base de predação jurídica⁶⁴⁰, falseando o mercado e os objetivos concorrenciais.

Neste sentido, válido observar o entendimento do Cade, quando da análise do ato de concentração n. 08700.010790/2015-41⁶⁴¹, onde o Relator manifestou que a manutenção de empregos não configura uma preocupação concorrencial *strictu sensu* ou pode ser qualificada como uma espécie de possível eficiência da operação, pois nem toda eficiência ou qualquer efeito positivo se traduz como redução de custos ou otimização do processo produtivo. As

⁶³⁸ O caso é abordado por STIGLITZ, Joseph E. **Povo, poder e lucro: Capitalismo progressista para uma era de descontentamento**. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 2021. p. 94; 317-318, cujos comentários são feitos em nota de rodapé: “Costly Choices for Treating Wilson’s Disease”, *Hepatology* 61, n. 4 (2015): 1106-8. O editorial observa que a Merck, que inventou a droga, durante vinte anos manteve os preços em torno de 0,5% dos cobrados pela Valent. Após comprar o Daraprim, uma droga não patenteada por 62 anos, em 2015, a Turing Pharmaceuticals aumentou o preço de 13,50 dólares para 750 dólares por comprimido. Há muitos, muitos outros exemplos”.

⁶³⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 120.

⁶⁴⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 120.

⁶⁴¹ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Ato de concentração nº 08700.010790/2015-41. Requerentes: Banco Bradesco e HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo. Conselheiro Relator João Paulo de Resende. Aprovação condicionada à celebração de ACC, em 17.06.2016.

eficiências que interessam são aquelas medidas por análises quantitativas tradicionais, que demonstrem o repasse de benefícios aos consumidores finais, por meio da redução de preços ou melhoria da prestação de serviços pelo mesmo preço. Importante consignar o registro que este estudo não discorda do voto em relação à manutenção ou não dos empregos; a crítica é sobre a desconsideração dos demais impactos sociais no controle de condutas e estruturas, reforçando-a como reducionista e desconectada aos valores da ordem econômica constitucional.

A concepção de eficiência por critérios puramente econômicos denota dois problemas: modelos econômicos constituem, necessariamente, simplificações da realidade, considerando a compreensão da interação entre (i) poucas variáveis (ii) partindo de premissas fundamentais aplicáveis em modelo (benefícios aos consumidores por meio da redução de preços). A questão da (i) variável isolada é crítica por ter potencial de se aplicar em um determinado contexto que não esteja incluído no modelo econômico e (ii) as premissas fundamentais dizem respeito a um modelo cujos pressupostos ideológicos não foram testados ou não são testáveis, pois incorporam valores que são derivados de uma visão de mundo precedente à análise; um juízo valorativo, ideológico, entre a visão de mundo expressa no modelo e a visão de mundo adotada pelo aplicador/reprodutor. O problema surge, portanto, quando não há consenso sob a aplicação do modelo econômico ou, no caso desta tese, quando o modelo ideológico constitucional se lhe apresenta contrário ao viés aplicado.⁶⁴²

Os economistas sempre reconheceram que a competição era necessária se a economia de mercado pretendia alcançar resultados eficientes, e que as empresas por conta própria se esforçam para limitar a competição. É claro que o poder de mercado também tem efeitos distributivos, no entanto, a renda do monopolista vem às custas dos consumidores: à medida que os monopólios aumentam seus preços, seus lucros aumentam, enquanto o bem-estar dos consumidores e dos trabalhadores diminui. Isto significa, que um aumento no poder de mercado está associado a um aumento na desigualdade. Por exemplo, no caso do poder monopsonista, quando uma empresa tem poder de mercado sobre seus 'trabalhadores e prestadores de serviços': é custoso para os trabalhadores se mudarem e, portanto, um monopsonista pode reduzir os salários significativamente abaixo do nível competitivo sem perder todos ou mesmo uma fração significativa de seus trabalhadores, que por seu turno, por vezes, tentam se unir para

⁶⁴² SEDLACEK, Tomas. **Economics of good and evil: the quest for economic meaning from Gilgamesh to Wall Street**. New York, NY: Oxford University Press, 2011. p. 302-303.

fornecer algum equilíbrio de poder (por ex.: em reuniões sindicais), geralmente combatidas pelo monopsonista.⁶⁴³ Assim, desde os primeiros dias do capitalismo, têm havido uma batalha política sobre as regras do jogo - com os fornecedores/empregadores buscando tornar mais difícil para os trabalhadores/prestadores se engajarem na negociação coletiva/sindicalização, mas com as empresas resistindo aos esforços para que seus comportamentos anticompetitivos fossem contidos.⁶⁴⁴ Tudo isso deixa claro que a política e a economia não podem ser separadas, pois uma aglomeração de poder econômico resulta quase inevitavelmente em uma aglomeração de poder político - o que pode e normalmente reforça a aglomeração de poder econômico.⁶⁴⁵

A doutrina antitruste padrão, da maneira como evoluiu, costuma focar nos consumidores, com uma perspectiva de curto prazo e, como comentei, com a forte suposição de que os mercados são naturalmente competitivos. Como consequência, ao analisarem as ações predatórias, que expulsam competidores para estabelecer uma posição dominante com base na qual a empresa pode subir os preços, os tribunais olharam para os benefícios de curto prazo representados pelos preços mais baixos ao consumidor, com pouca preocupação com o prejuízo de longo prazo.

Essa perspectiva voltada para o consumidor no curto prazo também contra problemas quando se trata do monopsonista. O tamanho do Walmart lhe concede tal poder que ele pode baixar o preço que paga a seus fornecedores. Especialmente naqueles locais dos Estados Unidos onde há alto desemprego e poucos empregadores, ele tem o poder de estabelecer os salários e condições de trabalho em níveis abaixo do que seriam em uma economia competitiva. Isso é ruim para economia, mesmo que o Walmart divida

⁶⁴³ STIGLITZ, Joseph E. Towards a Broader View of Competition Policy. BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE, Liberty. *In: Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries*. New York: Oxford University Press, 2017. p. 4-5.

⁶⁴⁴ Outro exemplo sobre antitruste, eficiência e a influência para os trabalhadores: “Current law can kick in to remedy this oversight, and it is starting to. The fast-food franchise no-poach cases are a perfect example. Instead of letting franchisees compete for employees, the franchisors have made rules for how they could compete for employees – which is ‘not at all’. Every franchisee is forbidden by the franchisor from hiring employees who have ever worked for another franchisee. The result is that the skilled worker cannot take her knowledge to market, and cannot turn her skills and value into higher wages. She is paid the same as everyone else unless she wants to start over at the bottom with a new employer who, by the way, probably has the same rules. In addition to the practical hurdles involved in changing employers, these workers should not face a completely unified body of businesses and rules meant to neuter their bargaining power. And what efficiency is served here? There is absolutely no justification for this restraint. It is might makes right, or bare corporate power. Antitrust law is already starting to realize its potential as a tool for worker power. It can be used to strike down restraints like noncompetes, which have such a deleterious effect on worker power and mobility – not to mention preventing new business forms entering markets, thus hurting consumers. Antitrust can also be used to stop capture of licensing boards that become guild-like and stop workers from moving from one state to another. Antitrust could even be used to stop the arbitrary exercise of market power to scare smaller firms and workers into compliance. (...). Most importantly, antitrust can rescue workers in fissured workplaces. Fissured workplaces, checked by meaningful antitrust scrutiny, do not have to be pockets of lawlessness, where monopolists exercise unchecked power. They exist because the law has not kept up with innovation in law evasion.” BERNSTEIN, Jared; HARRIS, Benjamin H. Labor market competition: framing the issues. *In: BLOCK, Sharon; HARRIS, Benjamin H. Inequality and the Labor Market: the case for greater competition*. Washington: Brookings Institution Press, 2021. p. 30.

⁶⁴⁵ STIGLITZ, Joseph E. Towards a Broader View of Competition Policy. *In: BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE, Liberty. Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries*. New York: Oxford University Press, 2017. p. 4-5.

alguns dos ganhos com seu poder de mercado (monopsônico) com seus clientes. Assim, olhar para o poder de mercado somente através do prisma do impacto sobre os consumidores é errado. O Walmart está distorcendo a economia em busca implacável por lucros, e o que ele ganha (incluindo o que ele divide com os clientes) é menos do que aquilo que o restante da economia perde.⁶⁴⁶⁶⁴⁷

Esta análise de curto prazo é questionada por John Maynard Keynes, ao apontar que a teoria liberal não decorria da realidade, mas de uma hipótese incompleta formulada com finalidade de simplificação. A ideia de que os indivíduos agem de maneira independente para seu próprio bem e produzem um maior volume de riqueza estaria assentada em pressupostos irrealistas, que ocorrem porque os economistas desconsideram as complicações que surgem⁶⁴⁸: (i) quando as unidades de produção eficientes são grandes em relação às unidades de consumo; (ii) quando ocorrem custos indiretos e conjuntos; (iii) quando as economias internas tendem à concentração da produção; (iv) quando o tempo necessário para os ajustamentos é longo; (v) quando a falta de informação impera; e (vi) quando os monopólios e os cartéis interferem no equilíbrio dos negócios.⁶⁴⁹

A consequência do abrigo destas condutas de curto prazo também podem se apresentar negativas para o mercado, conforme se pode observar pelo efeito *trickle-down economics*, ou, efeito cascata, identificado em práticas que ampliam riquezas mesmo que tenham caráter regressivo, seria justificado em razão dos benefícios do crescimento econômico, que mesmo distribuído de forma desigual, tenderia a respingar e beneficiar todos.⁶⁵⁰ Na prática, o que se verifica é que esta prática gera desigualdade, pois, dentre outras consequências, reduz a produtividade do trabalho, uma vez que parcela da população fica desprovida de condições para acumular capital físico e humano, prejudica a mobilidade social e os benefícios dela derivados,

⁶⁴⁶ STIGLITZ, Joseph E. **Povo, poder e lucro**: Capitalismo progressista para uma era de descontentamento. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 2021. p. 94-95.

⁶⁴⁷ Os prestadores de serviços dos “deliverys por meio de apps” encontram-se enfrentando o dilema do abuso do poder de mercado: Disponível em: <https://extra.globo.com/economia/maioria-dos-entregadores-por-aplicativo-trabalha-de-9-12-horas-para-receber-menos-de-um-salario-minimo-revela-pesquisa-25100556.html>. Acesso em: 03 ago. 2021.

⁶⁴⁸ “Muitos dos que reconhecem que as hipóteses simplificadas não correspondem precisamente aos fatos concluem, apesar disso, que elas representam o que é natural e, portanto, ideal. Eles consideram saudáveis as hipóteses simplificadas, e doentias as demais complicações”. KEYNES, John Maynard. O Fim do Laissez-Faire. in SZMRECSÁNYI, Tamás (org.). John Maynard Keynes. Coleção **Os Grandes Cientistas Sociais**, vol. 6. São Paulo: Ética, 1984. p. 117.

⁶⁴⁹ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiane Nogueira da Cruz. **A nova lei de defesa da concorrência**: comentários sob uma perspectiva histórico-constitucional. Revista do AGU, Brasília, n.19, p. 7-34, 2012. p. 11-12.

⁶⁵⁰ STIGLITZ, Joseph E. **Inequality and Economic Growth**. in Rethinking capitalism economics and policy for sustainable and Inclusive growth. The Political Quarterly: Oxford, 2016. p. 152. Disponível

bem como, reduz a demanda agregada, em razão da queda no consumo, redução da coesão social e confiança nas instituições, etc.⁶⁵¹

Neste sentido, o conceito eficiência está atrelado à um comportamento vantajoso, todavia, uma “vantagem” denota diversos sentidos, dentre estes, outro estado mais vantajoso para todos que pode estar relacionado com questões éticas, utilitárias ou outras, sem necessária conexão de escala entre si, podendo ser um vetor de elementos constitutivos.⁶⁵² No direito concorrencial, desta forma, existem diversos modelos que podem exprimi-las: a) modelo de preços; b) modelo baseado na satisfação do consumidor, que admite aumento de preços em função de melhor qualidade do produto; c) modelo baseado na satisfação geral da sociedade, que admite aumento de preço e redução do bem-estar do consumidor em nome do aumento de bem-estar dos produtores; d) modelo de satisfação ponderada, que considera o bem-estar dos produtores e consumidores.⁶⁵³

O conceito de eficiência econômica deve deferência aos valores constitucionais, ampliando a concepção de bem-estar do consumidor vs. preço, passando a se compreender como mais adequado os critérios de eficiência global-total, pois a eficiência alocativa irrestrita, aplicada como vetor interpretativo antitruste revela inconsistência com os postulados constitucionais, que quando confrontados na legislação vista sob este prisma cristalizado, refletem uma ideologia política constitucional diferente, abrangente. Além disto, o desenvolvimento afeta os objetivos do antitruste. As economias desenvolvidas com mercados já em funcionamento podem se dar ao luxo de se concentrar apenas na eficiência e desconsiderar os efeitos distributivos, com base no pressuposto de que os mercados são geralmente livres e abertos e que a própria concorrência criará efeitos distributivos positivos. Essa suposição está tão longe da realidade nas jurisdições em desenvolvimento que não pode ser aplicada com sabedoria. Um foco mais produtivo é o desenvolvimento inclusivo e eficiente dos mercados, dando peso às preocupações distributivas como parte do desenvolvimento de longo prazo da economia. As jurisdições em desenvolvimento não podem se dar ao luxo de ignorar as

⁶⁵¹ DABLA-NORRIS, Era et al. **Causes and consequences of income inequality**: a global perspective. IMF Staff Discussion Note, Washigton, n. SDN/15/13, 2015. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2015/sdn1513.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2021.

⁶⁵² SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 64, nota de rodapé 18.

⁶⁵³ CARVALHO, Vinícius Marques. in CORDOVIL, Leonor et al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 50-52.

preocupações distributivas por razões econômicas, políticas e sociais.⁶⁵⁴ Insistir noutra vetor interpretativo, em desconformidade com crenças, valores e princípios da ideologia dominante (constitucional) maculam a sua legitimidade e eficácia, que residem no ordenamento visto como um todo.

A compreensão do bem-estar geral demanda o conhecimento destes valores e a compreensão de que a economia é um meio para um fim, de modo que o seu sucesso econômico será medido pelo bem-estar dos cidadãos. Neste sentido está a conclusão de Maria Paula dos Reis Vaz Freire, cuja precisão terminológica impõe a integral citação:

A formulação de um critério de bem-estar cabe ao Direito e consubstancia-se em opções de política legislativa. A noção de bem-estar tem uma dimensão valorativa corporizada na escolha das alternativas socialmente mais adequadas, atentos resultados redistributivos; o conceito de eficiência deve construir-se como axiologicamente neutro, a partir dos resultados do funcionamento do mercado. Cumprido ao Direito, e não cabe à Economia, a concretização de um critério de bem-estar, ou seja, a formulação de juízos de valor sobre as alternativas em presença – acolhendo e tutelando umas, preterindo outras –, atendendo, designadamente a considerações redistributivas. Afirmar a concepção de bem-estar acolhida pela sociedade e transposta para o Direito como único critério normativo, não significa negar a complementariedade entre os domínios jurídico e económico mas sim repensá-la.

As considerações de eficiência devem encontrar-se funcionalizadas à ideia de bem-estar estruturante do sistema jurídico. À Economia cabe a análise do efectivo funcionamento da vida económica e ao conceito de eficiência cumprir uma função procedimental e instrumental relativamente às opções de bem-estar que corporizam a ‘ideia de direito’ prevalente em cada momento histórico.

Nesta medida, a decisão em sede de defesa da concorrência, não deve nem pode refugiar-se em argumentos de eficiência económica, mas deve atender exclusivamente a considerações de eficiência produtiva como instrumento para compreender a natureza, identificar e prever reduções de custos económicos.

As normas de defesa da concorrência parecem ter acolhido argumentos de eficiência esperando encontrar neles um critério objetivo de decisão; uma forma de dotar as decisões de inabalável certeza e cientificidade. Avançou-se assim, indevidamente, para a adopção do raciocínio de que a decisão correcta é aquela que está ancorada em razões de eficiência económica. Como se viu, não é neste conceito, mas sim na ideia de direito ou de bem-estar, que a formulação, interpretação e aplicação das normas de defesa da concorrência encontram o seu fundamento último.⁶⁵⁵

⁶⁵⁴ GAL, Michal S. FOX, Eleanor M. Drafting competition law for developing jurisdictions: learning from experience. in GAL, Michal S. et al. (Org.). **The economic characteristics of developing jurisdictions: their implications for competition law**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. p. 362.

⁶⁵⁵ FREIRE, Maria Paula Vaz. **Eficiência e restrições verticais – Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Portugal, AFFDL, 2008. p. 893. No mesmo sentido: “In spite of the growing importance of theoretical and empirical economics, the qualification of economic efficiency as the main goal of competition law is not necessarily the view of the politicians who wrote the laws. Considerations of distributive justice, such as fairness, different notions of consumer welfare, or the protection of small business, may create tensions with the efficiency goal. [...]. Besides concerns about the legitimacy of a competition law exclusively based on efficiency, the need for legal certainty remains an important obstacle to the reception of economic arguments in competition law.” BERGH, Roger Van den. **Comparative competition law and economics**. USA: Edward Elgar, 2017. p. 2-3.

Isto posto, pretendeu-se demonstrar que há utilidade nos conceitos econômicos de eficiência, todavia, a fixação na análise redutora da eficiência em vistas à autocorreção dos mercados pelo mecanismo de preço vs. bem-estar do consumidor pode ensejar uma visão obtusa de outros fatores essenciais em determinados contextos, sobretudo, quando presentes custos meta-econômicos como são as violações de direitos humanos na cadeia produtiva, que impõem observância para obtenção da maximização da utilidade coletiva em detrimento do exclusivo viés de bem-estar do consumidor.

Já demonstrada a inconsistência da análise exclusiva em prol do bem-estar do consumidor ao longo deste trabalho, cumpre rememorar, tão somente, que esta premissa não se harmoniza com a metodologia antitruste, por inconsistência jurídica. A OCDE estabelece o conceito de bem-estar como sendo multifacetado, incluindo a renda, moradia e o emprego. Já a Política Nacional das Relações de Consumo tem como princípios estruturantes a proteção dos interesses dessas relações de maneira compatibilizada com a necessidade de um desenvolvimento sustentável, portanto, uma base constitucional comum. Isso inclui, no art. 4º, inc. VI, a “coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores.” Portanto, o acesso livre aos mercados com prejuízo à sustentabilidade nem sempre se traduzirá em aumento do bem-estar do consumidor no longo prazo, se faltarem informações e qualidade dos produtos e serviços, resultando em uma liberdade de escolha ruim.⁶⁵⁶ Ou, ainda, se exacerbando a competitividade pode-se ter uma hipertrofia na inovação de produtos, resultando em consumismo que leva ao aumento do poder do mercado e da concentração de renda, com impactos no ecossistema social.⁶⁵⁷

Deste modo, reafirma-se que o Estado deve atuar em todo esse processo, no limite do poder econômico e na promoção de contrapartidas, ou seja, na repartição das riquezas, caso contrário a tendência é o aumento de excluídos na população, pessoas que não possuem condições para arcar com despesas mínimas, gerando a redução de trabalhadores e, por

⁶⁵⁶ DOWBOR, Ladislau. **Democracia econômica**: alternativas de gestão social. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. p. 64-77.

⁶⁵⁷ FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 30.

consequência, a diminuição de consumidores.⁶⁵⁸ O desafio de transformar positivamente a sociedade, sobretudo aquelas que se encontrem em desenvolvimento - como é a brasileira - depende da correção do poder econômico que deve acontecer mesmo diante de todos os desafios pelos quais o jurista se depara, principalmente a realização da justiça por meio de instrumentos que não atendem às exigências da realidade social. A vida em sociedade exige de cada indivíduo o comprometimento com o próximo, a fraternidade e a defesa do interesse comum e coletivo. Para isto, é necessária a presença desta coletividade representada pelo Estado para contrabalançar a força e a dominação exercida pelo poder econômico. O legítimo interesse da sociedade organizada deve ser para pressionar o Estado na elaboração de políticas capazes de controlar eficazmente o poder econômico para obter externalidades positivas da relação público-privada, mantendo o bem-estar econômico e social, por meio do tripé sócio-jurídico-econômico de sustentação do Estado, qual seja, trabalho, consumo e concorrência. Esses três pilares, orientados pelo bem comum, traduzirão o bem-estar da coletividade⁶⁵⁹, titular dos bens e dos interesses difusos protegidos pelo antitruste, nos termos *caput* do art. 170 da Constituição e do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 12.529/2011.

Apesar da necessidade de outros elementos políticos e fiscalizatórios que também são essenciais para a consecução dos objetivos do Estado, a investigação desta tese desperta o relevante papel de defesa da concorrência, o qual, com esteio no direito privado, na função social dos contratos interempresariais e sua vinculação permanente com os preceitos dos direitos humanos e dignidade da pessoa humana, aponta que a respectiva violação infringe a ordem econômica, podendo o ato ser considerado anticoncorrencial, não só permitindo, mas, sim, impondo, a correção em favor de uma concorrência efetiva ou potencial alinhada aos fundamentos, objetivos, valores e princípios constitucionais vigentes, pois é impensável imaginar a realização de um projeto de vida pessoal sem o gozo das liberdades políticas e econômicas, nos âmbitos público e/ou privado, em dimensão objetiva ou subjetiva:

Dizer, com referência à actuação de um órgão, de um titular de cargo público ou de uma entidade privada, que uma norma deles emanada, um acto por eles praticado ou uma omissão da sua responsabilidade violam o princípio da dignidade da pessoa humana equivale a pretender fulminar esse acto, norma ou omissão da invalidade e da censura que decorrem, como que por definição, da imputação aos respectivos agentes,

⁶⁵⁸ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 521-222.

⁶⁵⁹ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 537-538.

se fosse possível falar nesses termos, da mais grave das inconstitucionalidades materiais em Estado de Direito.

O valor da dignidade da pessoa humana assume, nesse sentido, uma importância essencial, não apenas com primeira referência simbólica de legitimação de toda a ordem constitucional, mas também enquanto princípio de onde decorrem as consequências práticas próprias da irreduzível inconstitucionalidade de que padecem quaisquer violações do princípio, independentemente da censura política e moral que cai inelutavelmente sobre os responsáveis por essa violação. [...].

Em sentido afim, afectar a dignidade da pessoa humana seria afectar um valor absoluto do Estado de Direito, pôr em causa o pilar em que assenta toda a ordem jurídico-constitucional, seria cair inapelavelmente numa inconstitucionalidade insanável e insuperável.⁶⁶⁰

Esta perspectiva se reforça quando se compreende que consumidores não são a única categoria a ser beneficiada – ou prejudicada – pelo sistema econômico, além de que a coletividade pode, no longo prazo, possuir fins e interesses antagônicos aos que são prestigiados, de curto prazo, pelos consumidores, que sequer podem estar sofrendo os impactos (custos e consequências) do seu comportamento na cadeia de consumo. É a coletividade, no sentido já exposto, que se relaciona em perspectivas de longo prazo com a atividade econômica, em contraposição aos ganhos de eficiência de curto prazo aferidos como “eficientes” a partir da enviesada análise tradicional do antitruste⁶⁶¹, que desconsideram que o desenvolvimento nacional impõe a necessidade de um planejamento abrangente, de maneira conformada e harmonizada com todas as demais políticas públicas conectadas à realidade social e capaz de implementar uma transformação social com excedentes positivos.⁶⁶²

Tendo como pressuposto que a lei antitruste é fundamentada por uma idealização constitucional do funcionamento do mercado, que é orientada pelos princípios constitucionais da livre concorrência, da função social da propriedade e da defesa do consumidor, garantir a livre concorrência deixa de ser um fim em si, mas um meio

⁶⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. Volume I, Dignidade e direitos fundamentais. 2 ed. Almedina: Coimbra, 2018. p. 20-22.

⁶⁶¹ “(...) lack a history of consumer protection policies and competition culture development, but they show precedents of strong industrial policies and the protection of national champions, along with a weak performance of public institutions. In that context, short-term rent-seeking behavior has been fostered, given that competitive advantages and economic rents could be acquired from relatively discretionary decisions, while fair competition is not always a predictable outcome. This kind of behavior could have led to growth strategies with less care for competition policy goals, but with an outcome of low productivity (TFP) relative to the rest of the world.” PETRECOLLA, Diego et al. Economic structure and competition policy application in Latin American countries. In: GAL, Michal S. et al. (Org.). **The economic characteristics of developing jurisdictions: their implications for competition law**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. p. 83-113. p. 111.

⁶⁶² BERCOVICI, Gilberto. O estado desenvolvimentista e seus impasses: uma análise do caso brasileiro. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. xvLi[i.e. 47], 2004. p. 28-30. No mesmo sentido, GAL, Michal S. FOX, Eleanor M. Drafting competition law for developing jurisdictions: learning from experience. in GAL, Michal S. et al. (Org.). **The economic characteristics of developing jurisdictions: their implications for competition law**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. p. 333.

para se obter resultados benéficos que a ela se associam, e que são fundamentados por princípios constitucionais.

Surge um novo reequilíbrio entre as funções de poder compensatório, regulação e defesa da concorrência, que não passa despercebida e sem provocar tensões institucionais.

Nesse novo equilíbrio, o sistema de defesa da concorrência talvez seja o exemplo mais contumaz de uma política pública com a incidência nas relações econômicas em que prevalece o caráter residual, reativo e eventual, típico de situações de estímulo ao processo adaptativo. Por meio dele é possível encontrar atalhos institucionais indutivos, menos custosos socialmente e adaptáveis a momentos específicos.

Esse aprendizado recente em termos de *enforcement* concorrencial tem garantido espaço razoavelmente amplo para a defesa da concorrência, inclusive nos dias atuais.⁶⁶³

Novamente, não se tem a pretensão de descartar as análises de eficiência baseadas em bem-estar do consumidor, principalmente quando se é possível estabelecer benefícios reais ou potenciais a serem percebidos pela conduta/estrutura, ao contrário, a pretensão é agregar na análise substancial de longo prazo - foco do antitruste -, que os ganhos da coletividade estejam atrelados às condições de constitucionais da ordem econômica e do desenvolvimento sustentável, as quais não aceitam ganhos competitivos às custas da dignidade da pessoa humana ou abuso de direitos humanos.

Caso o Estado seja capturado por interesses individualistas, de uma minoria organizada que visa a extração de lucros sobre e sob o bem comum, o bem-estar da coletividade estará comprometido. A soberania do poder econômico se sobreporá à soberania popular, distorcendo a democracia, autorizando o indivíduo a não mais integrar o pensamento coletivo, pensar exclusivamente no seu bem-estar, indiferente à vida em coletividade. Por isto, reitera-se o dever de cidadania para resgatar os valores ideológicos constitucionais em defesa do interesse da coletividade, ressaltando, que a busca do bem comum em hipótese alguma se traduzirá em proibição ou inibição do poder econômico, mas, tão somente, de impedir que este se autorregule e prepondere sobre o trabalho, consumo e concorrência, obtendo vantagens em detrimento da coletividade.⁶⁶⁴

No entanto, deve-se consignar a ressalva sobre a lei da concorrência com incorporação dos direitos humanos não deve se instrumentalizar para uma aplicação irrestrita ou de forma “isolada” pelos órgãos regulatórios, proibindo práticas comerciais ou bloqueando transações

⁶⁶³ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiane Nogueira da Cruz. **A nova lei de defesa da concorrência: comentários sob uma perspectiva histórico-constitucional**. Revista do AGU, Brasília, n.19, p. 7-34, 2012. p. 18-19.

⁶⁶⁴ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 538.

corporativas “fora” de sua ideologia política, ao contrário, deve-se reconhecer as suas limitações, inerentes à aplicação conjugada com as suas finalidades.⁶⁶⁵ A única ressalva que se acredita peremptória na análise antitruste se refere à violação de direitos humanos na cadeia produtiva, estas inegociáveis pelo escopo constitucional vigente.

3.4.2 Atividade empresarial vinculada aos direitos humanos: a necessária mudança paradigmática do Cade para uma necessária regulação concorrencial

Ficou demonstrado que, diante do vácuo protetivo no ordenamento jurídico nacional para inibir condutas empresariais com abuso de direitos humanos, torna-se legítimo o questionamento acerca das políticas concorrenciais se encontrarem concentradas exclusivamente – e a qualquer custo - no bem-estar do consumidor e na eficiência econômica, mesmo que uma decisão seja capaz de aumentar a desigualdade mediante subjugação destes direitos invioláveis, devendo haver a consideração inegociável de suas consequências distributivas no momento de sua aplicação, uma vez que o desenvolvimento é orientado pelos pilares de uma vida digna, justa e solidária, o bem-estar social da coletividade deve ser incorporado à análise antitruste, pois integrante da política ideológica e substancial da livre concorrência, da eficiência e do bem-estar do consumidor, sendo premente que ocorra o seu dimensionamento na análise dos ganhos de longo prazo apresentados por condutas e estruturas no mercado concorrencial, que devem estar sob a supervisão regulatória e repressiva do Estado, nos âmbitos público (Cade) e privado (concorrencial desleal), eliminando e desincentivando toda e qualquer atividade econômica realizada com abuso de direitos humanos.

A regulação econômica tem por objetivo a prossecução do interesse público, orientando-se pela maximização do bem-estar social, enquanto imperativo moral de supremacia de determinados interesses coletivos sobre interesses privados com ele conflitantes. Serão as falhas de mercado que reclamarão a intervenção reguladora, servindo como instrumento de correção dos efeitos da concorrência imperfeita, desequilíbrios de mercado, falta de mercado e da

⁶⁶⁵ “Despite the evidence that competition law enforcement has some ameliorative effect on income inequality, this author doesn’t propose the wholesale refashioning of competition law into a tool for income redistribution. [...]. What is suggested instead is much more modest, which is that competition law needs to be mindful of the distributional consequences of its enforcement, especially as it affects the poorest members of society.” CHENG, Thomas K. **Competition Law in Developing Countries. Economic Growth and Economic Development**. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 139-140; 142.

produção de resultados indesejáveis. Portanto, é sob o prisma do interesse público que a regulação se legitima enquanto instrumento de prevenção e de correção de efeitos socialmente indesejáveis, promovendo eficiência social.⁶⁶⁶

Como a atividade empresarial só será considerada legítima na medida em que o projeto do empresário for compatível com o igual direito dos outros empresários e, mais que isso, de todos os membros da sociedade de também realizarem os seus respectivos projetos de vida, já que a dignidade da pessoa humana decorre da intersubjetividade dos direitos de todos e da interpenetração entre liberdade e igualdade por meio de critérios de justiça social, todas as relações de poder, incluindo o poder econômico, devem ser exercidas em conformidade com os direitos fundamentais e os demais princípios constitucionais, os quais, por terem força deontológica e vinculante, não podem estar sujeitos a meras considerações de custo-benefício, tão comuns ao raciocínio econômico.⁶⁶⁷

Neste sentido, a defesa da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos, por se encontrarem inseridas nos fins constitucionais, permeiam a fundamentação do antitruste brasileiro. A conexão intrínseca entre este fator e a atividade econômica é perceptível também no plano prático, sendo inúmeros os desdobramentos que a ofensa a tais direitos pode ter na esfera do antitruste. Esta proposição pode ser extraída das finalidades da Lei 12.529/2011 (art. 1º⁶⁶⁸) que elenca a coletividade como titular dos bens protegidos, sendo seu objetivo prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica, orientada por ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e ao abuso do poder econômico.

A Constituição Federal estabelece a diretriz de que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Assim, o poder econômico é um dado estrutural da própria ordem econômica, a qual incrimina somente o abuso, deixando espaço para o exercício de tal poder de

⁶⁶⁶ FREIRE, Maria Paula Vaz. **Eficiência e restrições verticais – Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Portugal, AFFDL, 2008. p. 52-53.

⁶⁶⁷ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 46.

⁶⁶⁸ DA FINALIDADE Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

forma regular, desde que em conformidade com os ditames da própria ordem econômica.⁶⁶⁹ Desta forma, os abusos de poder econômico, excludentes ou exploratórios, devem ser reprimidos por extraírem ganhos superiores aos padrões de mercados competitivamente eficientes, seja através de práticas que visem a excluir, dificultar e impor barreiras aos seus concorrentes efetivos ou potenciais, seja por práticas que venham a explorar posição dominante em detrimento de fornecedores.

Para combater estruturas e condutas, o sistema antitruste brasileiro caracteriza como infração à ordem econômica (art. 36, *caput*) todos os “atos sob qualquer forma manifestados”, incluindo toda e qualquer conduta que possa, de alguma forma, prejudicar a concorrência, pelo seu objeto ou seus efeitos (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre-concorrência ou a livre-iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; ou (iv) exercer de forma abusiva a posição dominante. Em decorrência deste método, o “intérprete brasileiro é poupado de esforços hermenêuticos para a caracterização de determinada prática como atentatória à ordem econômica, como ocorre em outros ordenamentos [...]. basta, como visto, a existência de determinados objetivos ou a produção de um dos efeitos previstos no art. 36, *caput* [...]. *Entre nós, não é necessário deter posição dominante para infringir a ordem econômica*”.⁶⁷⁰ Ou seja, bastará a verificação dos efeitos atuais ou potenciais para comprovar a existência de prática vedada: simples trocas de informações, entendimentos informais, cartas de intenção ou mesmo acordos de cavalheiros podem caracterizar-se como atentatórios à ordem econômica, se acarretarem a incidência do art. 36, *caput*.⁶⁷¹ Assim, diante de indicativos seguros, decorrentes da experiência doutrinária e jurisprudencial, de que determinadas práticas não possuem nenhum propósito econômico legítimo, mas têm como fim único a lesão à livre concorrência, será desnecessária a comprovação da potencialidade lesiva da conduta, ficando a cargo do acusado afastar a presunção, até mesmo de forma independentemente do contexto do mercado, onde “o poder econômico do agente, pode ser nenhum”.⁶⁷²

⁶⁶⁹ TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira: avaliação crítica, jurisprudência, doutrina e estudo comparado**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 27-28.

⁶⁷⁰ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 136-137.

⁶⁷¹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. rev., atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 149.

⁶⁷² BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.154

A decisão por um ou por outro dos elementos tem importantíssimas consequências. Escolher os efeitos como um critério de ilicitude implica aceitar uma visão do direito antitruste baseada na maximização da eficiência. É bastante óbvio que concentrar as atenções exclusivamente nos efeitos significa valorar o ato pelos resultados que produz, significa centrar as atenções sobre o resultado econômico, seja ele representado por um efeito pró ou anticoncorrencial ou, mesmo, por um aumento da riqueza global da sociedade (*ótimo de Pareto*).

Dar importância às intenções, ao lado dos efeitos, significa valorar as condutas e, sobretudo, valorizar o bem jurídico *concorrência*. “Procurar a intenção” significa perquirir a existência de um objetivo estratégico de atingir o bem *concorrência*, dominando o mercado, limitando a própria concorrência etc. Consequentemente, a preocupação com as intenções, com os objetivos, nada mais é que preocupação com a concorrência. É nada mais que um efeito do reconhecimento da importância da persecução do comportamento oportunístico, estratégico, intencionalmente voltado a transferir artificialmente os custos das transações para os concorrentes.

No Direito Brasileiro, se não está presente diretamente a intenção, o elemento volitivo está inegavelmente presente. É difícil negar em ambas as situações a existência de (algum) elemento intencional. A Constituição Federal faz referência a atos que “visem à” dominação dos mercados, restrição da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros. Já, a Lei 12.529/2011 menciona como ilícitos aqueles atos “que tenham por objeto [...]”. É inegável a presença da intenção nos atos direcionados a um objetivo. Ao invés de simplesmente refutar sua existência, parece necessário determinar o significado específico dessa intenção. [...].

Assim, a lei só pode ser interpretada no sentido de que, no ambiente econômico, a existência de uma intenção racional ou plausível de atingir determinada posição de mercado já implica o risco de produção de efeitos, e vice-versa. [...]. Exatamente como a teoria finalista da ação em direito penal, o reconhecimento do inter-relacionamento entre os dois requisitos faz com que cada um deles traga elementos para caracterização do outro.⁶⁷³

Desta forma, em tese, a legislação concorrencial permite reprimir condutas cujos próprios objetivos colocam em risco o ambiente concorrencial, por não ser possível vislumbrar, ao menos do princípio, nenhum outro objetivo relacionado à prática que não a restrição a livre concorrência ou à infração aos objetivos e valores constitucionais. A principal consequência dessa constatação é a aplicação de uma presunção relativa da potencialidade lesiva.

Contudo, para acessar a proteção do sistema antitruste existe a necessidade de ficar demonstrado o benefício concorrencial, ou seja, a vantagem competitiva do infrator em longo prazo, do contrário não haverá ilícito antitruste, pois, em que pese a lei concorrencial aborde a prevenção e repressão das infrações concorrenciais contra a ordem econômica em prol da coletividade, o que lhe confere efeito difuso, de tal forma que a represália a atores incapazes de ferir, concorrencialmente, a ordem econômica fere o próprio objetivo do direito antitruste. Além disto, o paradigma vigente é que o direito da concorrência, por sua própria missão, é

⁶⁷³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 e. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 296-298.

naturalmente seletivo, se ocupando de tutelar as condutas que têm impactos no mercado⁶⁷⁴, pois os interesses do direito antitruste são mais abrangentes, em regra, e não visam a correção de comportamentos não éticos ou enganosos; seu propósito primário é promover a concorrência, estimulando estruturas de mercado competitivo e intervindo seletivamente quando as condutas empresariais impuserem, de fato, uma ameaça à livre concorrência. Deste modo, praticamente todas as condutas, mesmo quando ilegais, não são consideradas ilícitas desta natureza, exigindo-se condições estruturais muito maiores, um dano real ou potencial significativo à concorrência.⁶⁷⁵⁶⁷⁶

Neste sentido, o CADE já manifestou que “uma prática que produza lesões apenas no concorrente (interesse individual, de natureza privada) sem comprometer as estruturas da livre concorrência não configura infração à ordem econômica”.⁶⁷⁷ Assim, na prática, deixará de ser considerada uma infração concorrencial se não houver o poder de mercado, hipótese em que se considerará a infração pontual e incapaz de desregular o mercado concorrencial, remetendo-se a ilicitude para as vias judiciais ou outras searas administrativas, onde a sanção será “suficiente” para correção do desvio anticoncorrencial. As distorções concorrenciais derivadas de descumprimento de obrigações legais que, por vezes, podem estar relacionadas à direitos humanos, como casos trabalhistas, fiscais e administrativos, cujas “situações fáticas de aparente ou efetiva distorção na concorrência (que) são impulsionadas pelo desvio àquilo que o ordenamento jurídico estipula como lícito, ou como o *modus operandi* regular da atividade”.⁶⁷⁸ Estas situações caracterizam-se por uma irregularidade jurídica delimitada no tempo, “sendo assim, a partir do momento que a normalidade jurídica é reestabelecida, reconstituem-se também as condições concorrenciais habituais”.⁶⁷⁹ Por este motivo, tais questões deverão ser discutidas no âmbito judicial ou na esfera administrativa dos órgãos fiscalizadores, afastando-

⁶⁷⁴ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: pressupostos e perspectivas. Saraiva, 2017. p. 255.

⁶⁷⁵ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 431-432.

⁶⁷⁶ Competition law, as it is commonly understood throughout the world today, is anchored firmly in neo-classical price theory and concerned primarily with allocative and productive efficiency, reduced prices and increased output. It operates mostly for the benefit of the individual end consumer and to safeguard competition, and claims to be unconcerned with the identities of the winners and losers of the competitive process. Questions about distributive justice, the environment or human rights are not only deemed to be beyond the remit of this conception of competition law but also opposed to its goals. DARR, Amber. **Competition Law and Human Rights: A Complex Relationship**. Wirtschaft und Wettbewerb, August, 2021. p. 1.

⁶⁷⁷ BRASIL. Cade. **Averiguação Preliminar n 08000.026056/96-30**, rel. Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, Data de Julgamento: 31-1-2007.

⁶⁷⁸ Brasil. Cade. **Procedimento administrativo DPDE n° 08012.003648/2005-23**, p. 656. Julgado em 11/11/2009.

⁶⁷⁹ Brasil. Cade. **Procedimento administrativo DPDE n° 08012.003648/2005-23**, p. 656. Julgado em 11/11/2009.

se de uma tutela regulatória concorrencial para situações de menor potencial lesivo (por ausência de poder de mercado) e, além disto, das hipóteses que não estejam diretamente relacionadas ao conceito clássico de eficiência econômica.

Ante ao que já consta exposto nesta tese, torna-se necessário reestabelecer pressupostos que reforçam o dever regulatório do órgão antitruste em prol da coletividade, rechaçando atividades cujo propósito não geram, por objeto ou efeitos, qualquer benefício ao bem-estar social e reclamando à proteção do Estado de forma mais ampla possível.

3.4.2.1 Da inafastabilidade regulatória do Cade e a sua compatibilidade com outros entes regulatórios (administrativos e judiciais)

Se compreende, como regra, que a concorrência e a regulação perseguem objetivos diferentes, por ferramentas distintas, afetando diferentes aspectos da atividade econômica. Ao Cade cabe a defesa da livre concorrência, e, às demais agências do Estado, como regra, regular supervisionar e fiscalizar as atividades empresariais. Ambas as atividades administrativas encontram seu fundamento na Constituição, arts. 173, §4º e 174, que não encontram qualquer incompatibilidade ou prevalência entre as competências regulatória e concorrencial, ao contrário, ambas se encontram consagradas no capítulo dos princípios gerais da atividade econômica, de forma complementar⁶⁸⁰, sem ter a Constituição previsto isenção concorrencial.⁶⁸¹ Deste modo, inexistente qualquer incompatibilidade ou prevalência entre competências do Cade e de outras agências regulatórias, incluindo-se, no mesmo sentido, a autonomia judicante do Poder Judiciário para fixação de indenizações e ratificar sanções às atividades econômicas desempenhadas em desacordo com o ordenamento jurídico, em outras palavras, por mais que existe regulação e controle, isto não exclui automaticamente a competência do Cade para realizar o controle de condutas ou de estruturas.⁶⁸²

A isenção do antitruste pode ser analisada a partir das hipóteses teóricas que trataram destas situações, quais sejam, (a) a *State Action doctrine*, decorrente do *leading case* Parker vs. Brown (317 U.S. 341, 1943), tratou de examinar se uma legislação estadual poderia afastar a

⁶⁸⁰ SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 134.

⁶⁸¹ Oportuno registrar a opinião de SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 173, para quem a única imunidade concorrencial diz respeito ao planejamento econômico impositivo que, por sua vez, é incompatível com um sistema regulatório.

⁶⁸² SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 135.

incidência de normas federais de defesa da concorrência. Na oportunidade, o judiciário compreendeu que isso só seria possível quando: (i) existir um claro objetivo de substituição da concorrência pela regulação e (ii) existir uma supervisão ativa e permanente do cumprimento de obrigações impostas; (b) a *Perwasive Power doctrine* se refere aos conflitos de competência entre reguladores e autoridades da concorrência federal. Surge com o caso *United States vs. RCA* (358 U.S. 334, 1959). Na ocasião, reafirmou que a isenção antitruste teria caráter excepcional, exigindo (iii) um claro objetivo de substituição da concorrência pela regulação e (iv) que as atribuições do regulador sejam extensas o suficiente para afastar a incidência das normas concorrenciais; (c) ou, ainda, nas hipóteses de *express immunity*, quando (v) a legislação atribuir ao regulador o poder de aplicar a lei antitruste ou quando a defesa da concorrência tiver sido levada em consideração no momento de elaboração do ato regulatório.⁶⁸³

No âmbito da OCDE, em 2011, foi realizada uma rodada de discussões sobre o tema que compilou 17 contribuições de diferentes jurisdições, permitindo subsidiar um debate com a elaboração de uma Nota pelo Secretariado da OCDE. O assunto foi sintetizado sob o termo defesa por conduta regulada (*regulated conduct defense*), que aborda o *enforcement* das leis concorrenciais. O primeiro fundamento desta alegação estaria na (i) autonomia da empresa na conduta, justificando-se a isenção antitruste caso o comportamento tivesse sido imposto pela regulação setorial; O segundo fundamento se encontraria na (ii) necessidade de efetiva supervisão do regulador setorial para que a competência das autoridades da concorrência fossem afastadas; o terceiro fundamento diz respeito à (iii) necessidade de uma clara política pública setorial de imunidade antitruste, onde esteja claro que os benefícios visados pela regulação possam superar a eliminação da incidência das normas concorrenciais, ou seja, a isenção deve estar justificada como uma escolha de política pública, um ato administrativo devidamente motivado.⁶⁸⁴

Sobre a autonomia e independência do órgão antitruste brasileiro, é relevante a posição adotada por Ricardo Villas Boas Cueva, enquanto relator do Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17, afirmando ser evidente que a atividade judicante do Cade, por decorrer de expressa determinação constitucional, ao estabelecer que a lei reprimirá o abuso de poder econômico não pode ficar condicionada à existência ou não de regulação específica para

⁶⁸³ SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 136-137.

⁶⁸⁴ OCDE. **Policy roundtables: regulated conduct defence**. Paris, 2011, pp. 10; 21-26.

determinada matéria. O Cade não é um ‘revisor’ de políticas públicas, todavia, se confrontando com situações que possam configurar infração à ordem econômica, lhe compete o dever de investigar e julgar tais condutas, independente de qualquer outra previsão restritiva condita em documento público (editais de licitação), inclusive, por extensão, à todas as relações econômicas entre particulares.⁶⁸⁵

Estas teorias de imunidade antitruste são denominadas “teoria da ação política” e “teoria do poder amplo” e aplicadas com restrição. O Cade, via jurisprudência administrativa, já sinalizava com base em precedentes estrangeiros, que a teoria da imunidade antitruste deveria levar em consideração (i) a análise do histórico legislativo; (ii) a criação de aparato fiscalizador pela norma reguladora; e (iii) o uso deste aparato pelo legislador.⁶⁸⁶

Destarte, denota-se inexistir restrição para aplicação conjunta da regulação concorrencial pelo Cade com outras agências do Estado e, até mesmo, do próprio Poder Judiciário. Ressalte-se que mesmo na esfera administrativa é possível a imposição de uma sanção quando o legislador determinar a imposição de diferentes penalidades administrativas, pois, dada a multiplicidade de interesses resguardados pelas normas, desde que observados o princípio da proporcionalidade, é perfeitamente possível a aplicação de sanções cumulativas por autoridades diferentes para resguardar bens jurídicos distintos. Esta cumulação revela um relevante aspecto do poder punitivo estatal, que reside na possibilidade da utilização de diversos meios punitivos, conforme a gravidade da infração e os bens jurídicos violados, não havendo óbice que um mesmo fato ilícito esteja sujeito à distintas sanções administrativas, cada uma delas aplicada por determinada autoridade administrativa, inclusive, sendo um poder-dever da autoridade envolvida analisá-lo sob suas respectivas competências, com base nos seus parâmetros de análise e bens jurídicos tutelados, não havendo que se cogitar afronta ao princípio

⁶⁸⁵ BRASIL. Cade. **Processo Administrativo n. 09012.006504/2005-29**, de 19.10.2015. Voto do Conselheiro-Relator João Paulo Resende.

⁶⁸⁶ BRASIL. Cade. **Processo Administrativo n. 08012.004989/2003-54**, de 18.08.2010. Voto do Conselheiro Costa Alves de Mattos.

do *ne bis in idem*, se respeitadas a proporcionalidade e razoabilidade das sanções já aplicadas pelas diferentes autoridades.⁶⁸⁷

3.4.2.2 A análise do ilícito concorrencial segundo a regra *per se*

Em decorrência das práticas que podem ser empregadas pelos agentes econômicos com objetivo de limitar artificialmente a concorrência em detrimento do bem-estar social, é necessário que se desenvolvam diferentes formatos de análise que possam avaliar e dirimir condutas capazes de gerar riscos concorrenciais, cada qual de acordo com a sua especificidade.⁶⁸⁸

A regra do ilícito por objeto (na Europa) e *per se* (nos Estados Unidos) pode ser considerada como um agregado de presunções e atalhos probatórios em torno da ilicitude de determinada conduta⁶⁸⁹, exigindo uma convicção consolidada – com presunção relativa, eis que admite prova em contrário – sobre os efeitos nocivos de determinadas práticas, de modo a se contornar os altos custos do processo antitruste e, assim, viabilizar a punibilidade de condutas lesivas à ordem econômica.⁶⁹⁰ Além das práticas já consolidadas pelo antitruste brasileiro, esta tese revela o pilar ético da atividade empresarial, com a proteção e respeito aos direitos humanos, de modo que sua exploração não permite a validação a partir dos efeitos econômicos positivos no mercado, cujo fundamento se extrai com a tutela da livre-iniciativa, prevista no

⁶⁸⁷ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 305-307. A autora acrescenta: “esse entendimento foi acolhido pelo Cade no Processo Administrativo n. 08012.003918/2005-15, em que se discutia a prática de ilícito concorrencial pela Telemar, que efetuou o monitoramento das ligações realizadas por seus assinantes ao serviço de atendimento a clientes de suas concorrentes. [...]. Na ocasião, a representada alegou que já havia sido punida pela ANATEL pelo mesmo fato e que a imposição de nova penalidade configuraria *bis in idem*. O Tribunal rechaçou o argumento, ressaltando, nos termos do voto condutor da presente autora, que a cumulação de esferas punitivas só poderia ter desdobramentos sobre a dosimetria da pena, mas jamais poderia ser utilizada para afastar a competência de qualquer das autoridades judiciais ou administrativas responsáveis pela punição e julgamento do ilícito. Em razão disso, a aplicação de penalidade anteriormente foi considerada tão somente como atenuante na fixação da nova sanção pelo CADE”.

⁶⁸⁸ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 288-289.

⁶⁸⁹ “Only if competition law consisted of unambiguously formulated *per se* rules could practitioners do without the tools of economic analysis. The concept of *per se* prohibitions has its origin in US antitrust law, which distinguishes between types of conduct that are *per se* unlawful and other types of conduct that may pass the test of reasonableness. A *per se* prohibition prohibits a certain act without regard to the particular effects of the act; it does not consider mitigating circumstances or offsetting benefits of anti-competitive practices. *Per se* prohibitions are justified for types of conduct that have manifestly anticompetitive implications and a very limited potential for pro-competitive benefits”. BERGH, Roger Van den. **Comparative competition law and economics**. USA: Edward Elgar, 2017. p. 1-2.

⁶⁹⁰ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 291-292.

art. 36, inc. I, da Lei 12.529/2011, ao vedar acordos entre empresas que possam gerar entraves à livre-iniciativa ou à livre-concorrência, estando “no prejuízo à livre-concorrência e à livre-iniciativa que se encontra o caráter ilícito de qualquer prática concertada”.⁶⁹¹ Assim, por existir inderrogável dever constitucional conformador da ordem econômica, as práticas empresariais realizadas com abuso de direitos humanos não atingirão qualquer propósito econômico legítimo, tendo como único fim a lesão à dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa e livre concorrência, tornando-se desnecessária a comprovação da potencialidade lesiva da conduta.⁶⁹²

Cumprindo observar que a interpretação da normativa brasileira é muito similar a legislação Europeia, e ambas demonstram que a aplicação do antitruste se dará em casos de presença de poder de mercado para os ilícitos por objeto, exceto em casos *hardcore*. Segundo o art. 101 do Tratado da União Europeia (TFUE), são proibidos “todos os acordos entre empresas, decisões por parte de associações de empresas e práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os países da União Europeia”. No caput, segue: “e que tenham por objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência”. Se um ato concorrencial for praticado para restringir o mercado, a primeira etapa será avaliar se o ato foi efetivamente praticado. Se não atingir o objeto delimitado pelas orientações, a segunda etapa será avaliar se o ato restringe a concorrência não pelo objeto, mas pelos efeitos praticados, aferindo se os benefícios do ato compensem os efeitos negativos na concorrência.⁶⁹³

O Artigo 101 do TFUE também prevê exceções às proibições mencionadas em seu número 3, que podem ser levadas em consideração na tomada de decisão: a) ganhos de eficiência; b) ganhos aos consumidores; c) o caráter indispensável da restrição; e d) não eliminação da concorrência. Estas condições são cumulativas, sendo que os acordos mencionados no artigo 1º serão proibidos a menos que comprovem os requisitos do art. 101(3). Neste sentido, em princípio, todos os atos seriam capazes de fazer prova das quatro condições para incidir nas exceções, mas se tratando da conduta prevista como ilícita nas orientações pelo objeto, dificilmente será capaz de comprovar as quatro condições do 101(3). Tem-se, assim,

⁶⁹¹ BRASIL. Voto do Min. Carlos Velloso, do STF, na ADIn 1.094-8-DF, *In*: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. rev., atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 143.

⁶⁹² FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 292.

⁶⁹³ AMORIM, Fernando. **A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste**. RDC, Vol. 5, nº 2, Novembro 2017, pp. 75-102. p. 80-81.

que a ilicitude por objeto é um regime rigoroso de presunções em que será penoso ao agente denunciado demonstrar a ausência de efeitos anticompetitivos.⁶⁹⁴

No âmbito do TFUE, a proibição do acordo não será aplicável nos casos em que seus efeitos não sejam relevantes para a concorrência entre os Estados-Membros. Para isso, a Comissão delimitou padrões mínimos para a configuração da insignificância referida, a regra dos “*minimis*”,⁶⁹⁵ que não teria iniciado o processo para sua apuração. A exceção estaria nas “*restrições hardcore*”, que são aquelas condutas consideradas graves e submetidas ao regime geral de ilicitude próprio às restrições por objeto.⁶⁹⁶

No Brasil, a temática segue apreciada pelo Cade de forma semelhante, no caso “*Placas*”, a ex-Conselheira Ana Frazão decidiu que “*acordos explícitos entre concorrentes que tenham por objeto a fixação de preços ou a divisão do mercado consistem em condutas ilícitas pelo objeto e submete-se a um regime de presunção relativa de ilegalidade [...], motivo pelo qual a análise de efeitos, pelo menos como regra, é desnecessária para lastrear a condenação*”.⁶⁹⁷

Nesta linha de precedentes pragmáticos, a ilicitude por objeto tem sido aplicada de forma constante, especialmente em caso de condutas colusivas, bastando até mesmo a possibilidade de o ato se concretizar potencialmente:

O que se alega, no entanto, é que houve influência à adoção de conduta uniforme. Se a conduta é uniforme, conforme reiterado entendimento desse Conselho, o ilícito é por objeto, ou seja, não é preciso nem que efetivamente se consiga a divisão de mercado, nem que haja dano ao consumidor, nem mesmo que qualquer das empresas concorde com a adoção da prática, são suficientes o objetivo e a capacidade de que o efeito se concretize potencialmente. Em outras palavras, no caso de ilícito por objeto,

⁶⁹⁴ AMORIM, Fernando. **A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste**. RDC, Vol. 5, nº 2, Novembro 2017, pp. 75-102. p. 81.

⁶⁹⁵ “*Se a quota de mercado agregada das partes no acordo não ultrapassar 10 % em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo, quando o acordo for concluído entre empresas que sejam concorrentes efetivos ou potenciais em qualquer desses mercados (acordos entre concorrentes); b) Se a quota de mercado de cada uma das partes no acordo não ultrapassar 15 % em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo, quando este for concluído entre empresas que não sejam concorrentes efetivos nem potenciais em qualquer desses mercados (acordos entre não concorrentes).*” (COMISSÃO Europeia. Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice).

⁶⁹⁶ AMORIM, Fernando. **A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste**. RDC, Vol. 5, nº 2, Novembro 2017, pp. 75-102. p. 81.

⁶⁹⁷ BRASIL. CADE. **Processo Administrativo 08012.006764/2010-61**. SDE (ex officio) x Sindicato dos Fabricantes e Vendedores de Placas de Sinalização de Trânsito e Veiculares do Estado da Bahia – SINPLAVB e outros. Ementa: Processo Administrativo. Cartel. Tabelas de preços. Divisão de mercado. Mercado de fabricação de placas e tarjetas de veículos automotores no Estado da Bahia. Julgado em 23-04-2015.

não só a verificação de efeitos é dispensável, sendo suficiente a potencialidade em produzi-los, como a intenção da parte ao praticar a conduta é irrelevante.⁶⁹⁸

Em situação semelhante ao que se pretende demonstrar com a tese, caracterizar como ilícito concorrencial por objeto a prática abusiva de direitos humanos na cadeia produtiva, cita-se o julgamento do Cade no caso “Porto de Santos”, onde o ex-Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, Superintendente-Geral do Cade afastou a necessidade de se ponderar o poder de mercado para caracterizar o ilícito por objeto, bastando a comprovação da ocorrência:

Na regra per se tal presunção é absoluta, significa dizer, não admite prova em contrário. Não à toa os magistrados daquela jurisdição já afirmaram ser impertinente discutir em casos de cartel tópicos como poder de mercado, potencial de causar danos, regra de minimis, eficiências e até mesmo se houve ou não atos de exteriorização do conteúdo do acordo. A única discussão possível é acerca da existência ou não do acordo com fim diretamente anticompetitivos (naked), sendo presumidos os efeitos deletérios a partir simplesmente desta conduta. [...]. [a] presunção nas infrações pelo objeto decorre do fato de que, a princípio, já sabemos de antemão que os efeitos são lesivos à sociedade, tendo em vista as restrições à concorrência e suas consequências negativas, desprovidas de eficiências compensatórias. Dessa forma, basta a comprovação da sua ocorrência para a condenação, liberando a autoridade concorrencial de fazer uma análise econômica mais aprofundada, visto que desnecessária. Já no caso das condutas pelos efeitos, potenciais ou efetivos, há dúvidas sobre se os efeitos líquidos para a sociedade são positivos ou negativos, de forma que é necessário aprofundar a análise⁶⁹⁹.

Deste modo, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência do Cade, se verifica abertura para o processamento do ato infracional por objeto para os casos de condutas horizontais/colusivas, por exemplo, cartéis, de onde “difícilmente poderia advir qualquer efeito positivo”.⁷⁰⁰ Nesse mesmo raciocínio se encontraria a situação envolvendo a prática empresarial com o abuso de direitos humanos, por sua envergadura e intangibilidade constitucional, cuja hipótese é suficiente para atender ao comando antitruste, principalmente quando se trata de infração por objeto, pois nenhum resultado eficiente poderia ter resultado, independentemente do poder de mercado do agente.

Nada obstante, mesmo observando que o abuso de direitos humanos por empresas é ato praticado por empresas com grande poderio econômico (nacionais e transnacionais), de modo

⁶⁹⁸ BRASIL. Cade. **Processo Administrativo nº 08012.009462/2006-69**. Representante: Mattel do Brasil Ltda. Representados: ABRINQ – Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos e Synésio Batista da Costa. Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Voto-vista: Presidente Vinicius Marques de Carvalho. Julgado em 29 de junho de 2015.

⁶⁹⁹ BRASIL. Cade. **Processo nº 08700.001020/2014-26. SINDCON e outros**. Rel. Alexandre Cordeiro Macedo. Voto de 11.04.2017.

⁷⁰⁰ Anexo da Nota Técnica nº 59/2017/CGAA7/SGA2/SG/Cade no Processo Administrativo nº 08012.011980/2008-12. SDE (ex officio) x AU Optronics e outros. Nota Técnica datada de 14 de julho de 2017.

que sua conduta não deriva, necessariamente, da parcela de mercado que é titular (*Market share*), mas, sim, do poder econômico que detém e que lhe permite independência e indiferença em relação ao comportamento de outros agentes, colocando-lhe a salvo de pressões concorrenciais⁷⁰¹, atos regulatórios e sanções administrativas-judiciais. Desta forma, denota-se que o poder econômico é exercido de forma independente e indiferente à concentração das quotas de mercado e/ou ao comportamento dos consumidores e de outros concorrentes, visto que a empresa, ainda que não seja titular de parcela substancial do mercado, detém capacidade para influenciar o mercado como um todo, impondo sua vontade na condução da atividade econômica.⁷⁰² A sua posição de independência e indiferença do agente econômica pode derivar de sua própria potência econômica (*deep pocket*), ou da força econômica do seu grupo econômico, por exemplo, de grandes conglomerados, com disponibilidade interna de recursos ou facilidade de captação de receitas financeiras, podendo se suportar econômica de uma atividade para impulsionar outra. Desta forma, o agente pode atuar ou deixar de atuar no mercado, e se atuar, pode optar por práticas sociais indesejáveis mesmo que representem custos de curto prazo, pois terá menores gastos do que seus concorrentes, induzindo em aumento de poder de mercado no médio-longo prazo dada a barreira de entrada ou evolução da posição dos concorrentes.⁷⁰³

Assim, com esteio no efeito de irradiação dos direitos humanos fundamentais sobre todo o sistema normativo traduzido na ação conformadora que o direito constitucional deve exercer sobre todas as esferas do ordenamento jurídico, inclusive nas relações privadas, apresenta-se a possibilidade de um agente econômico poder impor prejuízos ao mercado concorrencial através do seu *market power* em detrimento, quando for o caso, *market share* - (art. 36, §2º da Lei 12.529/2011), o que é possível segundo a teoria das válvulas de escape “jogo do interesse protegido”⁷⁰⁴, na medida em que as “relações de poder devem ser exercidas em conformidade com os direitos fundamentais, as garantias institucionais e os demais princípios constitucionais, os quais, por terem força deontológica e vinculante, não podem estar sujeitos a considerações

⁷⁰¹ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 282-283.

⁷⁰² FRAZÃO, Ana. **Empresa e propriedade - Função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 174-175.

⁷⁰³ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 289-291.

⁷⁰⁴ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 245-249.

de custo-benefício”.⁷⁰⁵ Desta forma, o direito deve regular e adequar a busca por eficiência econômica e lucro, estabelecendo critérios que direcionem a atividade empresarial, em conformidade com normas e princípios jurídicos, inclusive, para o fim de punir as condutas ilícitas.⁷⁰⁶

Assim, dentro da ordem econômica constitucional, cuja finalidade é “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”, se impõe que os titulares de poder econômico tenham responsabilidades não apenas perante os seus concorrentes e os consumidores, mas também perante a sociedade como um todo⁷⁰⁷, permitindo-se o controle do poder econômico diante da totalidade dos princípios constitucionais da ordem econômica, inclusive punição nas hipóteses de exercício doloso do poder econômico, a fim de prejudicar concorrentes, e/ou consumidores e/ou não-consumidores (terceiros), rompendo com o equilíbrio que é inerente à autonomia privada.⁷⁰⁸ Trata-se de eficiência distributiva aplicada ao direito concorrencial em superação a experiência da eficiência alocativa⁷⁰⁹, cuja aplicação se torna premente em casos de abuso de direitos humanos por empresas para conceber a regulação de ilícitos concorrenciais relacionados aos atos empresariais praticados com violações, pois a função social da empresa não é compatível com uma análise de custo-benefício, onde se compensam perdas e ganhos a partir de cálculos de bem-estar social. Esta análise segundo o modelo de eficiência de Kaldor-Hicks é incompatível com os princípios constitucionais, deontológicos e vinculantes, que não são passíveis de balanceamento econômico, tendo em vista o direcionamento constitucional consubstanciado na dignidade da pessoa humana, promovida mediante a construção de uma sociedade, livre justa e solidária, na qual todos possam ter uma existência digna.⁷¹⁰

⁷⁰⁵ FRAZÃO, Ana. **Empresa e propriedade - Função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 264.

⁷⁰⁶ FRAZÃO, Ana. **Empresa e propriedade - Função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 268.

⁷⁰⁷ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 50.

⁷⁰⁸ FRAZÃO, Ana. **Empresa e propriedade - Função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 294.

⁷⁰⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 40.

⁷¹⁰ FRAZÃO, Ana. **Empresa e propriedade - Função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 296.

3.4.2.3 A pluralidade de objetivos do processo competitivo vs. bem-estar do consumidor

Ainda que se afaste os pressupostos constitucionais conformadores para se superar a infração pelo objeto (*per se*), admitindo-se a análise dos seus efeitos, em critérios finalísticos de satisfação do consumidor (eficiência clássica), não se pode deixar de ponderar que inexistirão garantias de que os benefícios sempre serão desfrutados em sua totalidade pelos consumidores, sendo impossível garantir que não haverá perdas sociais em razão da prática injusta, a qual, se não for combatida, poderão deixá-los reféns de um mercado mono ou oligopolizado, que tenderá a buscar extrair o máximo de lucro na demanda.⁷¹¹ Lucro este que será obtido não por critérios de concorrência justa e legítima, mas sim em detrimento de falhas de mercados não compensadas.

Economic theory is partly at fault, but legal developments have exacerbated the problem. For example, courts developed a legal standard for analyzing antitrust harm called the “consumer welfare standard”. The idea is that not all competitive harms would really hurt the American public, and that judges should cross-check potential violations to make sure there is some larger harm to the economy makes sense, but it has been over-literalized. Today, unless you can trace a particularized and direct price increase to consumers – and not to workers, small business, or any other conception of the American stakeholder – courts can decline to even examine antitrust violations. This myopic view often leads judges to ignore violations that are extremely harmful to consumers in the medium term, and to the economy as a whole in the long term. When two companies merge and there is potential harm to their markets, enforcers tend to examine only the direct measurable effects on consumers of the products in those markets. When they analyze the companies’ buying power – including power over the labor market – as resulting in potential savings for the consumer. Merging parties have pointed to reduced labor costs have generally been taken as a neutral or perhaps even a good thing. Without analyzing the competitive dynamics of the relevant labor market, it has been assumed that lower input costs for labor unambiguously help the economy, even where those costs are inefficiently low or subcompetitive. As long as labor becomes less expensive, there has been a general sense the consumers will pay lower prices. (...). This is part of the reason it is so problematic to interpret the consumer

⁷¹¹ The importance of such an approach has been endorsed by many officials from developing country competition authorities, who have asserted that competition law enforcement is sensitive to the plight of the poor in order for the regime to gain legitimacy in the eyes of the poor in order for the regime to gain legitimacy in the eyes of the ordinary citizens. While competition authority officials may sing the virtues of competition, what resonates with the ordinary citizens is how competition can improve their lives. Competition authority authorities may point to the benefits of lower prices or higher-quality products. But as many have pointed out, competition advocacy suffers from the classic problem of collective action, where the benefits are diffused but the costs are concentrated. It is hard to rally public support by pointing to the diffuse benefits of lower prices. Meanwhile, the concentrated costs of competition are highly visible. CHENG, Thomas K. **Competition Law in Developing Countries. Economic Growth and Economic Development**. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 140.

welfare standard to mean that short-term consumer prices are increased: presumed price effects could be irrelevant or misleading as to the overall effect on consumers.⁷¹²

De outro vértice, as disposições sobre atos anticoncorrenciais também podem ser ponderadas a partir da perspectiva do direito de informação do consumidor a respeito das condições da produção (toda a cadeia produtiva, inclusive componentes e insumos) de um determinado bem. Embora o conceito tridimensional não especifique um direito humano a ser observado pelos consumidores, estes terão direito de uma reivindicação legal se não houver um mercado justo.⁷¹³

Isto porque, cada vez mais os consumidores têm demonstrado que baseiam suas decisões de compra a partir da informação sobre as condições de fabricação de um determinado produto, e, estão dispostos a pagar preços mais altos por produtos que respeitam direitos sociais.⁷¹⁴ No direito brasileiro, a noção de expectativa é encontrada no conteúdo do Princípio contratual da confiança, que visa proteger, antes, durante e depois do contrato, os legítimos interesses dos contratantes. Este princípio “cuida, portanto, de salvaguardar as expectativas contratuais dos que se aproximam e contratam”⁷¹⁵. Com efeito, como as promessas feitas pelas empresas sobre o seu próprio comportamento, entre os quais se incluem o respeito a valores éticos, são incorporados aos contratos,⁷¹⁶ conforme será abordado no capítulo 4.5. O ativismo consumerista, neste sentido, vai além da avaliação das classificações, categorizações e avaliações, sendo que “essa outra faceta do ativismo dos consumidores preocupa-se parcialmente com o valor e segurança do produto, mas apenas como um subproduto de um

⁷¹² BLOCK, Sharon; ELGA, Benjamin. The legal case for reform. *In*: BLOCK, Sharon; ELGA, Benjamin. **Inequality and the Labor Market: the caso for greater competition**. Washington: Brookings Institution Press, 2021. p. 19.

⁷¹³ WEBER, Rolf H. **Human rights and fair competition**. NCCR TRADE WORKING PAPERS, Working Paper No 2011/66 | June 2011. p. 9.

⁷¹⁴ BARTLING, Björn, WEBER, Roberto A.; YAO, Lan. **Do Markets Erode Social Responsibility**, The Quarterly Journal of Economics, Volume 130, Issue 1, February 2015, Pages 219–266. p. 219-220.

⁷¹⁵ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008, 2008. p. 155.

⁷¹⁶ GLINSKI, Carola. Bridging the Gap: the legal potential of private regulation. *in* DILLING, Olaf; HERBERG, Martin; WINTER, Gerd. **Responsible business: Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions**. Portland: Oxford and Portland Oregon, 2008. p. 44-45.

compromisso mais profundo: que o consumo é um ato de cidadania, e que a cidadania implica obrigações morais”.⁷¹⁷

Baseado nesta perspectiva, o direito contratual busca proteger as intenções e as expectativas das partes contratantes. Destarte, uma vez que os consumidores adquirem produtos acreditando que estes se encontram em conformidade com os valores éticos (por exemplo, a isenção do uso de trabalho escravo ou infantil ou o respeito às normas de proteção ao meio ambiente), esta perspectiva gera um ganho concorrencial representando pelo incremento do poder de mercado. Conforme pesquisa realizada Dow Jones Sustainability Index (DJSI World Index) na Claude Fussler, companhias de capital aberto e publicamente comprometidas com políticas de responsabilidade tiveram uma sobre-avaliação de suas ações em 3,7% entre junho de 2001 e junho de 2004, segundo o Morgan Stanley Capital Index (MSCI), o que demonstra que a reputação social pode se converter em lucros ou “não-prejuízos”.⁷¹⁸

Por outro lado, existe uma face “egoísta” do comportamento consumerista que se encontra em busca da moda barata e descartável (*fast-fashion*), que contribuem intimamente para a prática abusiva de direitos humanos na cadeia produtiva: *“Human rights violations in global Productions networks (so-called sweatshops) can be partly attributed to the overall tendency of consumers in Western capitalist societies to buy more products at lower prices and at an increasing price speed”*.⁷¹⁹ Não se permite, assim, tergiversar sobre o comportamento racional econômico do consumidor, que se vendo em um orçamento limitado optará pelo que

⁷¹⁷ AKERLOF, Gerge A.; Shiller, Robert J. **À pesca dos tolos: A economia da manipulação e do logro**. Actual Editora: Portugal, Coimbra, 2016. p. 175. E o autor complementa: “Estes movimentos com base cívica e da sociedade civil nos Estados Unidos datam pelo menos do tempo de recusa da importação pelos colonos americanos dos produtos britânicos nos anos 1760 e 1770 (mais famosamente celebrada pelo <Tea Party>, que despejou a carga da British East India Company no porto de Boston); no século seguinte, pouco antes da Guerra Civil, os abolicionistas boicotaram também os produtos produzidos por escravos”.

⁷¹⁸ Todas as estatísticas foram extraídas do texto de I. SCHEWENZER e B. LEISINGER. Ethical values and international contracts. In: CRANSTON, Ross; RAMBERG, JAN; ZIEGEL, Jacob. **Commercial law challenges in the 21st Century**. Uppsala: Iustus Forlag, 2007. P. 249-275).

⁷¹⁹ PALAZZO, Guido; MORHART; Felicitas; SCHREMPF-STRILING, Judith. Shopping for a better world: how consumer decisions can help to promote sustainability and human rights. in BAUMANN-PAULY, Dorotheé; NOLAN, Justine. **Business and Human Rights: from principles to practice**. New York: Routledge, 2016. p. 200-201. E complementam: “One o four key consumption decisions – buying clothes – makes this connection evident. Many consumers ardently make use of “fast fashion” – the ability to buy the latest fashion trends every two to three weeks for little money. This philosophy is at the core of mass retailers such Zara, Forever 21 and H&M, wich are especially popular among young and income-scare consumers. (...). By demanding instant gratification in the form of the latest fashion here and now and for the lowest price, consumers themselves turn fashion into a disposable good and buy into an environmentally harmful trhow-away mindset. (...). At the same time, consumers condone potentially bad labour conditions and depressed wages in the low-cost countries as long as they refuse to acknowledge the impact of their decisions on these conditions”.

for mais barato, independentemente da sua procedência. Este é um comportamento individualista compreensível na sociedade de consumo, imposto pelo poder econômico e da qual o consumidor é dominado sem perceber; trata-se de um comportamento auto-motivado, que desconsidera outras motivações de valores morais e éticos.⁷²⁰ Este consumo imposto pelo sistema econômico impõe pressão competitiva sobre o fabricante, que sobrecarrega o pequeno-produtor (local), que acaba desenvolvendo uma teia ilegal de fábricas com péssimas condições de trabalho.

Em que pese algumas organizações não governamentais e as próprias empresas realizem campanhas denunciando as práticas abusivas e incentivando o consumo consciente, na prática, a grande maioria dos consumidores acaba não se engajando e alterando seu comportamento. Muitas explicações são possíveis, mas o fato é que na maioria dos casos os consumidores demoram para processar adequadamente este tipo de informação, levando a conclusão de que a propagação da informação, como medida de desestímulo à estas práticas, falhou.⁷²¹ Neste caso, outras medidas protetivas precisam ser lançadas para efetivamente alterar os hábitos de consumo e o comportamento empresarial, caso contrário, o *mainstream* de violações se perpetuará gerando externalidades negativas para sociedade e ganhos não compensados para os competidores em prejuízo da ordem econômica e social.⁷²²

O efeito da seleção adversa reflete-se no predomínio da comercialização de produtos de pior qualidade e de agentes que não respeitam as normas legais, uma vez que os players que possuem os piores produtos ou que não cumpram com as leis acabam sendo beneficiados pela estrutura do mercado. Isto porque, ainda que o produto tenha um menor custo que o dos concorrentes, em regra, ele permitirá uma margem de lucro para o vendedor infrator. Neste caso, muito embora o consumidor possa estar disposto a pagar mais caro por produtos que atendam à padrões éticos, a informação imperfeita impossibilitará que seja avaliada a qualidade

⁷²⁰ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 535.

⁷²¹ PALAZZO, Guido; MORHART; Felicitas; SCHREMPF-STRILING, Judith. Shopping for a better world: how consumer decisions can help to promote sustainability and human rights. *In*: BAUMANN-PAULY, Dorothee; NOLAN, Justine. **Business and Human Rights: from principles to practice**. New York: Routledge, 2016. p. 201-202.

⁷²² “Problemas de informação oculta, de assimetria na distribuição de informação e de elevados custos de obtenção de informação podem estar na origem de ineficiências ou da inexistência de mercados de determinados bens, o que numa óptica do interesse público, deve merecer uma intervenção reguladora destinada a corrigir, criar e manter em funcionamento tais mercados”. FREIRE, Maria Paula Vaz. **Eficiência e restrições verticais – Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Portugal, AFFDL, 2008. p. 57.

do produto, sua legalidade e o preço equivalente, afinal, o concorrente infrator permanece competitivo dentro do mercado. Portanto, sob a ótica dos consumidores a seleção adversa lhes ensejará, em um primeiro momento, uma perda de bem-estar⁷²³ em razão da piora na qualidade dos produtos e na saída de concorrentes (éticos) do mercado, e, em um segundo momento, em razão da redução futura de pressão competitiva.⁷²⁴

O processo de diminuição dos bens de maior qualidade, ou de seleção adversa, terá como consequência o funcionamento do mercado apenas com bens de qualidade inferior justificaria a pressão regulatória, vez que a ausência de níveis adequados de informação permite a prática de preços diferenciados (com desvio do custo marginal mediante externalidades) e a consequente apropriação de uma parcela do excedente do consumidor em benefício, indevido, do vendedor.⁷²⁵ As violações na cadeia produtiva, deste modo, se enquadram nesta perspectiva, pois o concorrente de forma artificial e ilícita busca (e pode obter) atrair para si o domínio do mercado em prejuízo da livre concorrência. A racionalidade da sua conduta encontra-se na expectativa de que essas “perdas” sejam superadas no futuro, obtendo lucros da exploração do setor. Outrossim, considerando que as vantagens não compensadas se revertem em favor do infrator, com ganhos de poder de mercado e possibilidade de eliminação/redução dos

⁷²³ “As análises de bem-estar do consumidor vêm-se, assim, remetidas, em termos económicos, para a ponderação de duas variáveis: os preços e/ou a inovação. [...] Ganhos de bem-estar são obtidos pelo consumidor quando paga um menor preço – comparativamente àquele que estava disposto a pagar – pelo mesmo bem, ou quando está disposto a pagar pela inovação – em virtude da utilidade que a ela atribui. Com efeito, uma avaliação do bem-estar não pode apenas assentar nos preços. Quando a concorrência não respeita aos preços, o bem-estar do consumidor adquire contornos multi-dimensionais, pois depende de factores como a qualidade do produto, a rapidez e a segurança da oferta, etc. Trata-se de aspectos não mensuráveis, pelo que a ponderação da sua relevância remete para juízos de valor. Assim, os consumidores poderão preferir – por daí resultarem acréscimos líquidos de bem-estar – situações de emprego de recursos em actividades de onde resultem alterações tecnológicas, novos ou melhores produtos, ao invés do respectivo uso, por forma a obter diminuições de custo de actividades já desenvolvidas”. FREIRE, Maria Paula Vaz. **Eficiência e restrições verticais – Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Portugal, AFFDL, 2008. p. 884.

⁷²⁴ Esta dinâmica anticompetitiva e os reflexos negativos para os consumidores são demonstrados no mercado de bebidas frias: “As condutas anticoncorrencias das grandes empresas (como as mencionadas nos exemplos referidos) ilustram o que já foi objeto de alerta de parte dos teóricos da Escola de Freiburg e de Harvard: se em um primeiro momento o mercado concentrado pode parecer mais eficiente, em momento posterior os grandes agentes económicos tendem a agir de forma inadequada ao próprio mercado, limitando a possibilidade de livre e verdadeira concorrência. A liberdade de escolha de produtos, a partir da expressão do gosto dos consumidores, é prejudicada neste cenário em que poucos produtores controlam um mercado que não caracteriza monopólio natural, mas que envolve grandes investimentos para o seu funcionamento, quando são considerados os gargalos provocados pelos custos de marketing e do sistema de distribuição. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; STARKE, Filipe. **Eficiência e concentração empresarial: o caso do setor de bebidas frias**. In: Direito e Economia. Florianópolis: CONPEDI, 2014. v. I, p. 225-251. p. 247.

⁷²⁵ FREIRE, Maria Paula Vaz. **Eficiência e restrições verticais – Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Portugal, AFFDL, 2008. p. 58-59.

concorrentes, todas com reflexos na comunidade (mercado, trabalhadores, meio ambiente e, inclusive, nos consumidores), certamente deverá ocorrer a intervenção, administrativa e/ou judicial, para pôr fim aos atos reprováveis na cadeia produtiva que formam os preços e às práticas predatórias de preços.

[...]. A garantia de efetiva concorrência e de acesso à informação é, portanto, o valor central do direito concorrencial. Na sua aplicação deve o Estado agir com energia, garantindo a existência de concorrência. [...] é exatamente isso que significa a concorrência como um processo de descoberta, que, quanto mais alternativas de produtos o consumidor puder examinar e descartar, tanto mais sua escolha será plena de informações relativamente à sua preferência.

Ora, se assim é, então, se não houver alternativa para escolha de um produto, não é possível saber quanto a alternativa não escolhida traria de utilidade para o consumidor. E, mesmo que a alternativa exista, só é possível saber o nível de utilidade para o consumidor após o momento em que essa alternativa é exercida.

Essa premissa teórica é, de resto, aceita pela própria nova Economia Institucional. A racionalidade limitada e o oportunismo nas condutas só fazem a utilidade tornar-se mais incerta e mais dependente de uma verificação empírica.

Se é assim, então, o único instrumento capaz de suprir essa carência informacional do consumidor é a existência de alternativas. Só um sistema econômico baseado em alternativas é sensível à variação nos gostos do consumidor e pode transformar-se em função dessas mudanças. Só a existência de acesso à escolha é capaz de suprir o enorme vazio informativo proporcionado pelo mercado.

Consequentemente, a possibilidade de escolha tem um valor social, que não pode ser negado e que deve ser necessariamente reconhecido pelo Direito. O mercado, por outro lado, não necessariamente leva a esse resultado. E aí que o Estado deve intervir, garantindo o primeiro e não o segundo.⁷²⁶

Nestas circunstâncias, “a defesa do interesse público justifica, igualmente, a intervenção reguladora quando o mercado falhe em obter níveis de produção socialmente desejáveis”⁷²⁷, poderia ocorrer com a concessão de licenças e certificados como condição para o exercício de determinadas atividades, mas, sobretudo, a partir das multas e indenizações, com maior potencial de incentivar os agentes econômicos para uma readequação ética do comportamento empresarial em face dos objetivos sociais⁷²⁸ como são os direitos humanos. Abordando a concepção de Steven Shavell, a economia trata o antitruste como uma das formas de controle das atividades que se apresentam como nocivas e contrárias às normas, e, em conjunto com outros ramos do direito, atua de forma cooperativa na prevenção de atividades que imponham custos sociais que excedam os seus benefícios sociais.⁷²⁹

⁷²⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 28-29.

⁷²⁷ FREIRE, Maria Paula Vaz. **Eficiência e restrições verticais – Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Portugal, AFFDL, 2008. p. 59.

⁷²⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Porto Alegre: Booksman, 2010. p. 26.

⁷²⁹ SHAVELL, Steven. **The Optimal Structure of Law Enforcement**. Journal of Law and Economics, v. 6, n. 1, Part 2 (Apr., 1993). p. 255-287.

As técnicas de redução de custos e de maximização de lucros são inerentes ao mercado competitivo, porém, a redução de custos a partir da violação de direitos humanos é prática irregular e antijurídica com relação às vítimas, aos concorrentes e ao mercado. Caso típico desta natureza é o *dumping* social trabalhista⁷³⁰, onde o agente pratica a redução de salários, desrespeita o limite da jornada de trabalho imposta por lei, não pagamento de horas extras e outros adicionais, desrespeito às normas de medicina e segurança do trabalho, trabalhos em condições análogas à escravidão, etc., causando ofensa a diversos direitos individuais e coletivos. O *dumping* é uma prática já conhecida no comércio internacional e designa as operações realizadas com preço abaixo de custo. Válido esclarecer que os direitos sociais sempre oneram a atividade empresarial e, nesse sentido, sempre restringem, ainda que reflexamente, a livre concorrência. Ao aumentarem os custos da empresa, tais direitos muitas vezes inviabilizam ou dificultam sobremaneira alguns modelos de negócios, mas não há nada de errado nisto. Os encargos trabalhistas não podem servir como justificativa para práticas ilícitas, pois são o resultado de uma necessária convivência entre os princípios da livre-iniciativa, da livre concorrência e os princípios da proteção ao trabalho e da busca do pleno emprego.

Se de um lado a concorrência nos mercados pode promover maior inovação e aumentar a produtividade, também pode levar a interrupções com a criação de novos modelos de negócios, resultando em uma redução dos salários dos prestadores de serviços ou perda de empregos onde os serviços antigos são interrompidos por novos serviços (por exemplo, taxistas vs. motoristas de Uber). Para isso, a aplicação da lei da concorrência nos mercados pode não contribuir para um aumento líquido no aprimoramento global do bem-estar social se não houver um somatório de políticas públicas. Dado que o direito concorrencial existe como um instrumento para o ambiente institucional, as regras concorrenciais devem operar em um ambiente compartilhado com outras metas políticas e governamentais, formando um sistema

⁷³⁰ Para diferenciarlo del *dumping* convencional, que implica la venta de productos en el extranjero a precios inferiores a los del mercado nacional, el *dumping* social se ha definido por la doctrina como “la reducción de costes sociales por medio de la opresión social más allá del nivel «natural», lo que favorece estrategias desleales de precios inferiores por parte de los competidores”. VILA, Mireia Llobera. **Las medidas estatales de prevención del *dumping* social en la jurisprudencia del TJUE: la senda abierta hacia la sentencia *bundesdruckerei***. *Revista Jurídica de los derechos sociales*. Enero-julio 2015, vol. 5, n. 1/2015. p. 90.

unitário para alcançar um resultado econômico equilibrado e o aumento geral do bem-estar social.⁷³¹

Ante ao exposto, encontra-se fundamento para reconhecer, em conclusão, que os objetivos do processo competitivo são plurais e devem coexistir com os “tradicionais”, por assim dizer, a promoção da eficiência, preços baixos, maior escolha para o consumidor e a promoção do emprego, deste modo, a disciplina deveria [re]surgir com esta nova perspectiva, como peça fundamental no perfil econômico constitucional,⁷³² em linha com os já vistos ditames da ordem econômica, acrescidos do art. 173, parágrafo 4º, estabelecendo que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros”, resultando na constatação de que a livre-concorrência é considerada como um valor-meio, a servir de valor-fim ao bem comum e ao interesse da coletividade.

3.4.2.4 Notas conclusivas: Direitos Humanos como regra de ouro para intervenção regulatória - a superação do reducionismo antitruste

Por fim, sendo constatada a intangibilidade dos direitos humanos e a premissa de que estes não podem ser explorados, nem mesmo para resultados mais eficientes⁷³³, no direito da concorrência os incentivos serão para os agentes econômicos desenvolverem novas técnicas produtivas ou a governança das existentes, com o intuito de extirpar o abuso de direitos

⁷³¹ LI, Toh Han. **Competition law, freedom of association and fixing salaries**. Organisation for Economic Co-operation and Development - Global Forum on Competition. DAF/COMP/GF(2016). Session I. 1-2 December 2016, p. 1-9. p. 9. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)13/en/pd](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)13/en/pd). Acesso em 21 jul. 2021.

⁷³² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Concorrência como tema constitucional**. in Revista do IBRAC. São Paulo, v. 16, n. 1, 2009. p. 172.

⁷³³ Neste sentido, encontra-se abertura dialógica para preocupações envolvendo direitos humanos no âmbito do Cade, conforme se depreende do voto do Conselheiro Alessandro Octaviani, relator do processo administrativo nº 08012.011142/2006-79, conhecido como “cartel das cimenteiras”, onde abordou a lesividade do cartel sobre os valores de justiça social, como o acesso à moradia, cujo dano social causado ofende a direito básico e objetivo da ordem econômica constitucional: “[...]. No caso em análise, o conluio formado nos mercados de cimento e de concreto, bens de fundamental importância para a sociedade e que não possuem substitutos, gerou imensos danos sociais e econômicos, especialmente no que tange ao orçamento das famílias brasileiras, à efetivação de direitos básicos de moradia e ao acesso à infraestrutura, o que exige a fixação de penas em patamares elevados para os agentes que incorreram em tal conduta. [...] O cartel, por si só, já é considerado a infração contra a ordem econômica de maior potencial lesivo à livre concorrência. Tal situação é agravada quando o cartel ocorre em mercados de bens sem substitutos e de extrema relevância social e econômica, como o cimento e o concreto. [...] sendo ainda de se ressaltar que o Brasil consagrou como objetivo constitucional da ordem econômica o acesso à moradia [...]”.

humanos da sua cadeia produtiva. Se perpetuada a infração, os ganhos de mercado decorrerão da aderência ao jogo ilícito.

“[...] um fabricante sabia que seu produto irá, às vezes, ferir os consumidores. Até que ponto esse fabricante tornará o produto seguro? Para uma empresa que queira maximizar os lucros, a resposta depende de dois custos: primeiro, dos custos efetivos para tornar o produto mais seguro, que, por sua vez, dependem de fatos relativos ao projeto e à fabricação do produto e dos custos da emissão de advertências aos usuários; e do “preço implícito” de ferimentos causados aos consumidores por meio da responsabilidade jurídica do fabricante. A responsabilidade é uma sanção imposta por danos causados a outros. O produtor precisará da ajuda de advogados para fazer uma estimativa desse preço implícito. Depois de obter as informações necessárias, ele irá comparar o custo da segurança e o custo implícito de acidentes. Para maximizar os lucros, o produtor irá ajustar a segurança até que o custo efetivo da segurança adicional seja igual ao preço implícito de acidentes adicionais”.⁷³⁴

Este ponto-chave precisa ser observado; o direito da concorrência se baseia no princípio de que a própria concorrência é o melhor mecanismo para evitar perdas de bem-estar, vez que as autoridades de concorrência poderão punir e impedir certos acordos e certas práticas impondo multas, mas não devem tentar determinar ativamente como os participantes do mercado devem se comportar estabelecendo preços ou prescrevendo determinadas formas de conduta.⁷³⁵ Segundo os contornos gerais da análise econômica e o princípio da maximização racional, a abordagem econômica do ato concorrencial pressupõe que os agentes são racionais e que procuram maximizar seus ganhos no mercado, comprando os custos da atividade (lícita ou ilícita) com os benefícios esperados e assumem o risco de uma conduta ilícita quando seus ganhos superarem os custos, pois o infrator só se engajará com práticas anticompetitivas se o ganho esperado superar a punição/reparação correspondente. A presença dos custos, neste sentido, pode impedir a troca, ou fazer com que ela ocorra em condições diferentes das previstas pelo equilíbrio geral walsariano”.⁷³⁶

As penas estabelecidas pela lei concorrencial, nos termos do art. 45, levam em consideração a gravidade da infração, boa-fé do infrator, vantagem auferida ou pretendida, consumação ou não da infração, grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores e terceiros, efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, situação econômica do infrator e reincidência. As multas podem ser aplicadas às

⁷³⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Porto Alegre: Booksman, 2010. p. 25.

⁷³⁵ BERGH, Roger Van den. **Comparative competition law and economics**. USA: Edward Elgar, 2017. p. 384.

⁷³⁶ FREIRE, Maria Paula Vaz. **Eficiência e restrições verticais – Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Portugal, AFFDL, 2008. p. 795-796.

empresas, em percentuais que podem variar de 0,1% à 20% do valor do faturamento bruto, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, se possível a sua estimação (art. 37 da Lei 12.529/2011).⁷³⁷ Mas também é possível aplicar “qualquer outro ato o providência necessário para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica” (art. 38, inc. VII e art. 61, §1º da Lei 12.529/2011) além de penalidades “não econômicas”⁷³⁸, como publicação condenatória em jornais de grande circulação, proibição de participação em licitações públicas, exercer comércio, cisão societária e venda de ativos, mas também é possível complementá-las com penalidades individuais impostas aos responsáveis pelas decisões dentro das empresas. As últimas sanções podem incluir: multas infligidas a indivíduos, prisão (no caso de cartel) ou desqualificação de diretores que cometeram uma violação antitruste.

Como o perfil social do mercado deve conjugar a preservação do sistema de produção e a implementação de políticas públicas para concreção dos objetivos sociais

⁷³⁷ Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais); III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo. § 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro. § 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.

⁷³⁸ Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas; II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos; III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que: a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito; b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

constitucionalmente fixados,⁷³⁹ dentre eles os direitos fundamentais, como a proteção da dignidade da pessoa humana e da ordem social, a ideologia antitruste *deve ser* (re)definida e norteada pela ordem econômica constitucional, cujo “conjunto harmônico de princípios vão inspirar a própria organização da vida social, segundo o regime que irá regê-la”.⁷⁴⁰

Por possuir como característica a possibilidade real da integração social por meio de normas e princípios, o direito não pode renunciar à sua pretensão de normatividade, sob pena de a economia e a política subtraírem a sua regulação, tornando-o periférico aos objetivos estatais. Ao contrário, compete ao direito racionalizar os conflitos políticos e econômicos para transpor os obstáculos em favor cumprimento das liberdades fundamentais orientados constitucionalmente⁷⁴¹, sempre observando a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos para promoção do desenvolvimento sustentável, impondo a busca de competitivo ético e efetivo, que direcione a atividade econômica para o cumprimento de anseios sociais traçadas pelo constituinte⁷⁴², observando que a livre iniciativa, neste sentido, tem consagrada na Constituição Federal o seu “valor social” (art. 1º⁷⁴³), e assegurar-se-á a existência digna conforme os ditames da Justiça Social (art. 170⁷⁴⁴), isto é, a livre iniciativa deverá servir a este

⁷³⁹ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileira: da mercancia ao mercado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 160.

⁷⁴⁰ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 33, 52.

⁷⁴¹ “Tais considerações mostram que o debate a respeito do poder econômico precisa ser repensado por meio de alternativas que possibilitem que o direito mantenha a sua racionalidade, o seu discurso, e principalmente, a sua preocupação com a realização das liberdades fundamentais e os princípios constitucionais. Daí a importância da referência à ordem econômica constitucional como vetor último para justificar determinadas ações das autoridades antitruste”. FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 98-99.

⁷⁴² “As figuras do planejamento e das políticas públicas como instrumentos de promoção universalizada do desenvolvimento, contrapondo-se ao casuísmo judicial. No modelo de Estado Social, o governo não pode se limitar a gerenciar fatos conjunturais. A Constituição impõe o planejamento das ações futuras, por meio da formulação de políticas a serem implementadas a médio e a longo prazo. Para a execução destas, pressupõe-se uma racionalização técnica dos recursos disponíveis, que levem em conta, globalmente, os objetivos e programas sociais traçados pelo constituinte”. HACHEM, Daniel Wunder. **A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013. p. 162.

⁷⁴³ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2020.

⁷⁴⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 ago. 2021.

fim “socialmente valioso”.⁷⁴⁵ A perspectiva da instrumentalização do antitruste e da regulação de atos concorrenciais, nos termos que foram propostos, cumpre com os objetivos da República e com a natureza da responsabilidade corporativa, atendendo tanto aos fins sociais quanto como, pelo viés econômico, ter-se-á a possibilidade de imposição de um custo indesejável⁷⁴⁶ ao infrator por meio de sanções administrativas punitivas e pela reparação dos danos causados (cíveis-concorrenciais), o que induzirá a retomada de um comportamento socialmente desejável e ético, na medida em que imporiam um custo indesejado para a atividade econômica do infrator.

Assim, supera-se a teoria de que “os argumentos de eficiência devem estar funcionalizados à ideia de bem-estar estruturante do sistema jurídico”⁷⁴⁷, alheios aos demais anseios do sistema, pois ordenamento jurídico brasileiro autoriza e requer que o direito concorrencial vá além de objetivos reducionistas para se encontrar com os objetivos socioeconômicos da ordem econômica constitucional.⁷⁴⁸ Ignorar preceitos fundamentais e de direitos humanos, dentre outros, na análise de condutas e estruturas e seus impactos no mercado significa desconsiderar a finalidade do antitruste e a sua conformação com os elementos, princípios e valores da ordem econômica constitucional e do desenvolvimento sustentável, todos conformados pelo vetor axiológico da dignidade da pessoa humana.⁷⁴⁹

⁷⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 200.

⁷⁴⁶ “Se os custos de transação forem definidos, não apenas como custos de informação e de comunicação, integrando-se também nesse conceito os custos decorrentes do parasitismo e dos comportamentos estratégicos, as barreiras às transações, denominadas como custos, correspondem em síntese, ao enquadramento institucional com que as partes se defrontam. Sob esta perspectiva de custos de transação, ao ser alcançada a contratualização da transferência de direitos, já foram tidos em conta factores estratégicos, pelo que a concepção de Coase continua a manter a sua plena validade. Por outras palavras, a percepção dos incentivos, ou a falta deles, para assumir um compromisso credível é também um custo que os indivíduos equacionam e com que se confrontam, ao configurarem as suas transações”. FREIRE, Maria Paula Vaz. **Eficiência e restrições verticais – Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Portugal, AFFDL, 2008. p. 794.

⁷⁴⁷ “Em síntese, a estruturação das actuais políticas de defesa da concorrência tem sido permeável aos desenvolvimentos da ciência económica, de acordo com os quais a disciplina do ambiente concorrencial não deve alhear-se de argumentos de eficiência. Cumpre, no entanto, equacionar e clarificar o papel que se pretende ver desempenhado por essas considerações. Em última instância, a eficiência económica permite compreender e legitimar muitos dos comportamentos considerados nefastos para a concorrência. Nesta medida, à política da concorrência caberia a função de determinar, prevenir e penalizar as condutas que, não gerando ganhos líquidos de eficiência, tivessem efeitos anticoncorrenciais. O critério do balanço económico desempenha, nestes termos, uma função normativa”. FREIRE, Maria Paula Vaz. **Eficiência e restrições verticais – Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Portugal, AFFDL, 2008. p. 885-886.

⁷⁴⁸ CHENG, Thomas K. **Competition Law in Developing Countries. Economic Growth and Economic Development**. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 132-134.

⁷⁴⁹ “Another possible approach is for addressing human rights concerns in competition analysis is simply to allow competition law to return to its original purpose of ‘ensuring that markets were structured in ways that promoted

Isto posto, um dos objetivos da presente tese se encontra cumprido, qual seja, demonstrar a possibilidade de integração dos direitos humanos com a atividade empresarial e, respectivamente, com o ambiente concorrencial, extraindo-se a possibilidade de expandir a análise antitruste para além da dicotomia de critérios puramente econômicos ou estritamente jurídicos. Para tanto, é premente que se adaptem regras substantivas e processuais, por meio de modelos teóricos informados pelos detalhes institucionais do antitruste, necessários para resolver problemas do mundo real no campo do direito da concorrência.

Assim, torna-se necessária evolução do debate sobre as competências ideológicas da regulação econômica pelo direito antitruste e a integração com outros valores socialmente valiosos, como são a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos⁷⁵⁰, ciente de que pode haver um *trade-off* entre segurança jurídica (custos administrativos) e eficiência (dissuasão) que pode ser resolvido apenas através do desenvolvimento de análises e regras diferenciadas de forma otimizada (caso a caso), que não devem ser muito complexas, a fim de economizar em custos administrativos, mas também não devem ser muito simples, a fim de evitar custos de erro e respectivas externalidades negativas.⁷⁵¹⁷⁵²

Deve-se, no entanto, salientar que, para que estes objetivos sejam atingidos plenamente, o direito da concorrência deve ser uma das várias ferramentas aproveitadas. Caso contrário, carregar essa delicada tarefa de mudar o tecido social apenas sobre o regime de concorrência

openness and competition'. This implies a streamlining rather than widening of competition analysis and refocusing competition authorities on market structures and diverse ways of aggregating market power. Even though such a strategy does not directly achieve human rights objectives, it helps create an environment where such rights are not being abused by the exercise of market power. Such a strategy also has the advantage of being more easily emulated, adopted, and implemented by developing countries.” DARR, Amber. **Competition Law and Human Rights: A Complex Relationship**. Wirtschaft und Wettbewerb, August, 2021. p. 8.

⁷⁵⁰ No mesmo sentido: “What is certain, however, that it is time to help competition law cast off the stranglehold of the Chicago School and to reconsider its remit. In doing so, it is important to remember that the story of competition or antitrust law, is no longer simply a European or even a transatlantic story, but rather of a deeply interconnected global economy, with varying institutional frameworks, capacities and economic priorities. The challenge for competition law, of the future is to remain relevant in this complex web of interconnected interests, to continue to play its role in facilitating a global economy, and most importantly to retain its core values of preventing abuse of economic power where the welfare of one segment of society is not bought at the cost of human rights of another.” DARR, Amber. **Competition Law and Human Rights: A Complex Relationship**. Wirtschaft und Wettbewerb, August, 2021. p. 9.

⁷⁵¹ BERGH, Roger Van den. **Comparative competition law and economics**. USA: Edward Elgar, 2017. p. 3.

⁷⁵² The characteristics of developing jurisdictions should also affect the potential remedies to anti-competitive actions. Of course, remedies should be structured such as to reduce economic incentives to engage in anti-competitive conduct. At the same time, excessive sanctions should also be avoided in order to avoid over-deterrence and harm to public conceptions of the fairness of the law. GAL, Michal S. FOX, Eleanor M. Drafting competition law for developing jurisdictions: learning from experience. in GAL, Michal S. et al. (Org.). **The economic characteristics of developing jurisdictions: their implications for competition law**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. p. 326.

pode ser altamente problemático e, também, afetar a capacidade da lei da concorrência de alcançar seus outros objetivos. Desta maneira, reconhecemos que essa sugestão pode, por vezes, exigir uma análise mais complexa sobre se os objetivos da lei são atendidos em um caso específico, especialmente quando considerações de legitimidade social são relevantes. Assim, portanto, apenas nos casos de impacto no desenvolvimento, como são as práticas abusivas de direitos humanos, se estabelece uma regra de ouro para intervenção regulatória do antitruste.

A adaptação da análise e metodologia tradicionais, a fim de se obter ganhos pela abordagem interdisciplinar, de um lado, em certas situações de grande interesse social, deve minimizar os desenhos reducionistas e formalistas, de categorias jurídicas técnicas, permitindo o desenvolvimento de uma política de concorrência consistente e segura, que promova o bem-estar global, onde os efeitos econômicos e meta-econômicos das regras jurídicas e das decisões em casos de concorrência devam ser sempre considerados.

Isto concluído, a (re)regulação da atividade empresarial com abuso de direitos humanos no âmbito concorrencial poderá ser aprofundada em outros estudos, pois, por recorte metodológico, opta-se por avançar com a análise da regulação dos abusos de direitos humanos no setor privado por intermédio da aplicação instrumental da concorrência desleal, na medida em que não só os agentes públicos, mas também os particulares podem desempenhar um papel importante na aplicação das regras de concorrência. A execução privada envolve ações para obter medidas cautelares ou danos trazidos por partes privadas em tribunais civis. Ao reclamar a indenização pelos danos sofridos em consequência da violação das regras da concorrência, os particulares podem contribuir para a obtenção tanto de dissuasão como de indenização.⁷⁵³

⁷⁵³ BERGH, Roger Van den. **Comparative competition law and economics**. USA: Edward Elgar, 2017. p. 385.

4 A TUTELA PRIVADA PARA OS ATOS ANTICONCORRENCIAIS

O mercado desenvolve ‘regras de jogo’ específicas e o seu funcionamento depende do respectivo conhecimento e respeito por parte dos agentes econômicos. Este postulado de que o agente primeiro adquire conhecimento para só então orientar seu comportamento é óbvio. Ainda que não se estabeleça um comportamento altruísta para as interações (e, frise-se, comportamento ético não se confunde com comportamento altruísta), é necessário admitir que qualquer agente direcionará seu comportamento a partir da compreensão das interações econômicas. Se essa compreensão demonstra que a concorrência é ruínoza e destrutiva (para si ou para a coletividade), o agente cooperará com seu concorrente e com objetivos ideológicos mais amplos.⁷⁵⁴ Desta forma, pode-se assimilar a forma de estar no mercado, no qual se partilha uma consciência de juridicidade, uma consciência mínima e comum sobre os comportamentos socialmente esperados, sendo desta consciência que se garante a coexistência concorrencial e um determinado grau de confiança recíproca (aqui incluindo os deveres de conduta) essencial ao tráfego comercial.⁷⁵⁵ Assim, as normas devem ser orientadas e, também, orientar para concretizar objetivos em uma concorrência efetiva no mercado, onde “a racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, segundo essa visão, vão ao encontro da ideia de solidariedade e geração de bem-estar coletivo”.⁷⁵⁶

É verdade que a concorrência, mesmo quando corretamente exercida de forma lícita e ética, não deixará de impor “perdas” aos demais competidores, pois “a obtenção de lucros extraordinários pelos empresários de sucesso não constitui uma ineficiência, mas, sim, o resultado de uma resposta à alteração das condições de mercado”.⁷⁵⁷ A competição agressiva dos agentes econômicos, mas leal, é pressuposto da utilidade social da concorrência, onde na

⁷⁵⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 287-288.

⁷⁵⁵ FREIRE, Maria Paula Vaz. **Eficiência e restrições verticais – Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Portugal, AFFDL, 2008. p. 145.

⁷⁵⁶ SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim. Economia dos contratos. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia: análise econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 76

⁷⁵⁷ FREIRE, Maria Paula Vaz. **Eficiência e restrições verticais – Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Portugal, AFFDL, 2008. p. 147.

estrita obediência das regras do jogo, o competidor que gerar produto com tecnologia superior ou menor preço não só pode, como deve, alijar o outro do mercado em prol do bem comum.⁷⁵⁸

No entanto, existem algumas jogadas que são (devem ser) consideradas intoleráveis, pois desleais quando se afastam de um padrão competitivo, concedendo a possibilidade de os agentes afetados reclamarem por uma intervenção estatal que se bifurca em duas grandes disciplinas: direito concorrencial (público) e direito da concorrência desleal (privado), ambas encontrando seu fundamento no artigo 170 da Constituição Federal e que representam um todo interconectado em prol da garantia do desenvolvimento econômico e social. A aplicação ideal das regras de concorrência exige que as empresas, no exercício de sua liberdade, sejam impedidas de se envolver em práticas restritivas e/ou redutoras do bem-estar geral, com incentivos para manter um ambiente competitivo socialmente desejável, cujo sentido é dado pelo sistema econômico convencional-constitucional vigente.

O «bom direito» não se coloca ao exclusivo ou prevalecente serviço das razões econômicas, mas sabe se contrapor a elas, impedindo a mercantilização da sociedade e a identificação (e o exaurimento) dos direitos civis e dos direitos humanos naturais com aqueles econômicos, sejam eles de matriz proprietária ou empresarial contratual. O «bom direito» não somente garante a conservação da realidade, mas antecipa e promove a transformação da sociedade, para realizar no seu bojo, compativelmente com os recursos, as maiores chances de vida livre e digna para todos. O «bom direito» é justo, equânime, solidário, possui conteúdos patrimoniais, transformando-os em «privilégios», mas, ao contribuir para melhorar a qualidade da vida, tende a difundí-los generosamente, atribuindo-lhes uma função social deduzível do nível cultural e ético do sistema normativo. Ao propor a conciliação entre interesse individual e interesse geral «atribui-se um suporte significativo, em termos morais, à economia de mercado».⁷⁵⁹

Assim, o segundo objetivo desta tese se encontra em demonstrar que as vantagens concorrenciais obtidas por meio do abuso de direitos humanos também ferem a regulação privada, onde as práticas comerciais desonestas, anti-éticas e ilegais, não podem ser admitidas, ao passo que a concorrência se encontra na disputa, em condições de igualdade, por cada espaço com objetivos lícitos e compatíveis com as aspirações constitucionais, nas quais se encontram um desenvolvimento econômico e social de longo prazo, onde devem ser resguardadas condições econômicas para que as empresas tenham incentivos e possam aumentar e introduzir

⁷⁵⁸ BARBOSA, Denis Borges. A Doutrina da Concorrência. Rio de Janeiro, 2002. In: BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002. p. 2.

⁷⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 509.

inovações produtivas para o mercado, seus consumidores e, respectivamente, a coletividade.⁷⁶⁰ Desta maneira, a relação entre empresas e abuso dos direitos humanos pode se enquadrar como uma da(s) causa(s), instrumento(s) ou consequência(s) do exercício abusivo do poder econômico das empresas, tornando-se premente a necessidade de os agentes violadores de direitos humanos serem fiscalizados, processados e responsabilizados de maneira efetiva por seu comportamento socioeconômico indesejável⁷⁶¹, podendo existir uma regulação tanto pela via pública, conforme disposto no capítulo anterior, quanto pela via privada, por meio dos desígnios da concorrência desleal.⁷⁶²

4.1 A CONCORRÊNCIA DESLEAL: CONCEITO E INTERESSES PROTEGIDOS

A partir destas perspectivas é imprescindível estabelecer as bases materiais e processuais que permitem a repressão das atividades empresariais com abuso de direitos humanos, sendo necessário percorrer os pressupostos de verificação para qualificá-lo como ilícito tutelado pela concorrência desleal.⁷⁶³ No âmbito privado, a concorrência desleal seria configurada como uma disciplina geral e uma pedra angular do sistema de competição. Isso porque o seu objetivo não é apenas sancionar as violações dos direitos de terceiros de propriedade individual ou reprimir as violações das regras de conduta honestas de acordo com

⁷⁶⁰ SOUSA, Simone Letícia Severo e. Das práticas concorrenciais ilícitas: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, v. 14, n. 6, pp. 215-230, maio/ago. 2016. p. 217.

⁷⁶¹ “[...]. Entretanto, ao mesmo tempo em que o mercado exige que haja transações, o sistema jurídico cobra a legalidade de seu objeto. O limite da liberdade de contratar é, assim, encontrado na ilicitude que as normas exógenas impõem a certos comportamentos. [...] As dimensões política e econômica do mercado existirão sempre nos limites impostos por sua dimensão social; dizendo-o de outro modo, a dimensão social do mercado impõe a formatação de sua dimensão política e econômica.” FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 3 Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 150.

⁷⁶² “A regulação pode ser classificada segundo a origem do agente regulador e quanto à finalidade a ser atingida (Ragazzo, 2011) o que não impede uma cumulação do sistema regulador privado e público. [...] Portanto, a diferença entre regulação privada e pública está relacionada ao agente regulatório e a atuação conjunta é possível.” “Não há dúvida que o custo da mão-de-obra impacta sobre o custo da produção, o que leva à possibilidade de vender seus produtos por um preço mais baixo que o da concorrência e ainda aumentar o lucro. GONÇALVES, Oksandro; SILVA, Ricardo Murilo da. Enforcement privado, sanção reputacional e trabalho escravo.” **Revista chilena de derecho del Trabajo y de la seguridad social**. Chile: Vol. 11 Núm. 21, pp. 117-134, Primer Semestre/2020. p. 119-120.

⁷⁶³ “Mientras que la competencia desleal establece los criterios de comportamiento dentro de los cuales se debe desenvolver la actividad competitiva [...] corresponde agregar que del control de la competencia leal depende distintos intereses: a) de los empresarios competidores em el mercado que se ven afectados; b) de la situación del mercado em general; y c) de los consumidores.” CASTILLA, Gustavo Ordoqui. **Abuso de derecho (civil, comercial, procesal, laboral y administrativo)**. Pontificia Universidade Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez, 2010. p. 537.

as práticas comerciais prevalecentes, mas também visa evitar as distorções da liberdade de concorrência no mercado. Em última análise, a infração por ato de concorrência desleal se apresenta como o «ilícito geral» do direito da concorrência, uma vez que qualquer comportamento objetivamente contrário aos requisitos da boa-fé para desviar a clientela é considerado injusto, desleal aos padrões de competição. A interpretação pertinente se encontra no sentido de que qualquer operador econômico que abusa do seu direito à liberdade comercial e à concorrência em detrimento de outros operadores econômicos e, em suma, da própria concorrência institucional, age com deslealdade.⁷⁶⁴

Toda a luta da concorrência econômica, no comércio e na indústria, como, aliás, em outras profissões, desenrola-se em torno da clientela, esforçando-se uns para formar a própria freguesia, atraindo para si a alheia, ao passo que outros profiam em conservar e aumentar a clientela adquirida. A conquista da clientela é sempre feita à custa dos concorrentes mais fracos ou menos hábeis. [...]. Malgrado o seu áspero materialismo, o conceito é verdadeiro no regime individualista da economia contemporânea. Quando essa luta se desenvolve normalmente, empregando os concorrentes as suas próprias forças econômicas e os seus recursos e meios pessoais para formar a sua clientela, ainda que prejudiquem os negócios de seus competidores, a concorrência considera-se lícita, não havendo lugar para a intervenção da lei. Somente quando os concorrentes em luta se desviam desse terreno, lançando mão de meios irregulares e condenáveis, usando expedientes desleais ou desonestos, é que se torna necessária a intervenção legal para reestabelecer o equilíbrio de interesses rompido pela ação reprovável do concorrente inescrupuloso. A grande dificuldade da matéria, porém, surge justamente quando se trata de estabelecer limites precisos entre a concorrência legítima e a concorrência ilícita e de distinguir os meios leais e honestos dos que se consideram desleais e ilícitos.⁷⁶⁵

Na proteção da concorrência leal, como dito, o bem imediatamente (primariamente) protegido é a livre iniciativa do concorrente, do agente individualmente considerado, e não a tutela do interesse coletivo ou geral da concorrência como ocorre nas normas antitruste, que cuidam do fluxo das relações econômicas e da sua interação no mercado. O segundo objetivo protegido pelo controle de lealdade da concorrência é o fluxo de informações aos consumidores, que tem na informação (um dos) bens jurídicos protegidos⁷⁶⁶, permitindo que a competição se desenvolva de maneira efetiva, baseada na eficiência em favor do bem-estar da coletividade.

⁷⁶⁴ JIMENEZ, Pedro Mario González. La violación de normas antitrust como acto de competencia desleal. in SERRANO, Luis Maria Miranda. COMESAÑA, Julio Costas. **Derecho de la competencia. Desafios y cuestiones de actualidad**. 1a. ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2018. p. 339.

⁷⁶⁵ CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Volume II. 3. ed. 2a tiragem. Atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 277-278.

⁷⁶⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 68-69.

Também com vistas à reduzir a lacuna terminológica que circunda a classificação da concorrência desleal em razão da ponderação sobre atos leais e honestos e da indefinição destes conceitos, a doutrina aceita considerar que “importa, pois, a natureza ilícita ou condenável do ato e não o fim visado”.⁷⁶⁷ Em complemento compreensivo, o artigo 187 do Código Civil, dispõe acerca da figura do abuso de direito como parâmetro para o reconhecimento das práticas desleais no mercado⁷⁶⁸, que ocorre quando o titular de um direito (livre-iniciativa e livre concorrência), ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Assim, para a caracterização de um ato abusivo, pelo Código Civil de 2002, (i) deve haver o exercício de um direito; (ii) por um agente titular desse direito; (iii) de maneira a exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes e (iv) de forma manifesta. Em outras palavras, identifica-se o exercício abusivo de um direito pela preexistência de um direito, revestido de aparente legalidade e pelo desvio de finalidade legal ou negocial, que demonstra a irregularidade no exercício do direito, independentemente da presença de dolo ou culpa.

No caso da concorrência desleal, o abuso de direito possui o “intuito de desviar, de modo direto ou indireto, em proveito do agente, a clientela de um ou mais concorrentes, e suscetíveis a lhes causar prejuízo. [...] esses atos são igualmente condenáveis quando praticados pelo comerciante ou industrial para conservar e defender sua clientela, em face de outros competidores que lhe disputem por meios leais ou desleais”.⁷⁶⁹ Deste modo, no ordenamento jurídico brasileiro, a contextualidade do que é “leal” ou “desleal” decorre da materialidade da expectativa legítima do agente em face de padrões de comportamento dos concorrentes.

Tal como ocorre na infração concorrencial, a figura do abuso do direito também dispensa o elemento culpa ou dolo, fundamentando-se somente no critério objetivo-

⁷⁶⁷ CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Volume II. 3. ed. 2a tiragem. Atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 282.

⁷⁶⁸ O exercício jurídico corresponde, em sentido larguíssimo, a uma atuação humana relevante para o Direito, abrangendo atos jurídicos lícitos e ilícitos, é dizer: uma atuação prática do conteúdo previsto abstratamente nas normas jurídicas. [...]. o art. 187 prevê, portanto, uma ilicitude no modo de exercício de posições jurídico-subjetivas – não apenas direitos subjetivos, em sentido técnico, porém, por extensão também poderes, liberdades, pretensões e faculdades. [...]. São as circunstâncias presentes no momento do exercício do direito, liberdade, poder ou faculdade que vão configurar, ou não, a sua admissibilidade, isto é, a sua conformidade com o respectivo fim econômico ou social, a boa-fé ou os bons costumes”. MARTINS-COSTA, Judith. **Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 668-670.

⁷⁶⁹ CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Volume II. 3. ed. 2a tiragem. Atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 277.

finalístico⁷⁷⁰, ou seja, basta a infração de um dever legal (fim econômico ou social, boa-fé ou bons costumes)⁷⁷¹, podendo se caracterizar como uma infração de tipo aberto/genérico, com a existência de atos que possam prejudicar a reputação ou negócios alheios de um dever legal e ético (boa-fé) com relação aos concorrentes no mercado, de forma direta ou indireta, independentemente de dolo, com vistas a manter ou incrementar seu poder de mercado⁷⁷², implicando *mutatis mutandis* na desorganização do mercado.

A tutela da concorrência leal se conjuga pela interpretação dos artigos 209, 210, inc. I da Lei 9.279/1996 juntamente com o 402 do Código Civil, que sancionam a prática da concorrência desleal mediante a imposição do dever de indenizar que, dentre outras possibilidades, pode consistir na reparação de lucros cessantes, ou seja, o que se deixou de auferir. Deste modo, a lei acolhe a legítima expectativa do lucro que o concorrente teria obtido não fosse a cliente desviada por condutas ilícitas. Nada obstante, a perspectiva atomizada do agente econômico não impede que o exercício de uma tutela individual também possa repercutir em favor de outros valores pretendidos pelo mercado, portanto, com reflexos positivos ao interesse público.⁷⁷³

⁷⁷⁰ Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a coordenação do Ministro Ruy Rosado Aguiar Júnior. Enunciado n.º 37: Art. 187. A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.

⁷⁷¹ A rigor, a previsão do artigo 187 elimina a necessidade de se cogitar da presença ou não do dolo ou culpa para efeito de caracterizar o ilícito ali previsto. E faz isto visando uma dupla proteção: tanto dos direitos e interesses de outra parte da relação jurídica, que sofre as conseqüências do exercício abusivo referido na norma, quando da proteção do próprio ordenamento jurídico, em relação ao exercício de um poder jurídico que ele mesmo confere, mas que no seu exercício é realizado de modo antijurídico. [...] Essa alteração substancial é parte de um movimento de funcionalização do Direito Privado Brasileiro. MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado**. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 117-118 e 124

⁷⁷² “Como se vê, é possível identificar duas categorias de atos genericamente vedados pelo art. 209: (i) atos tendentes a prejudicar a reputação ou negócios alheios e (ii) atos tendentes a criar confusão entre estabelecimento ou entre produtos e serviços. [...]. A utilidade prática do art. 209 ocorre, principalmente, quando o ato cometido não se enquadrar perfeitamente em nenhuma das condutas expressamente listadas no art. 195 (modalidades de concorrência desleal específica). Dessa forma, o art. 209 exerce função subsidiária, como uma rede de proteção, para vedar comportamentos danosos ao processo competitivo leal, mas que não são graves o suficiente para justificar repressão na esfera penal”. SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 125.

⁷⁷³ FRANCA, Bárbara Gomes Navas da; SCAFF, Fernando Facury. **A tutela civil do concorrente: a responsabilidade civil e suas conseqüências**. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 27-28.

Destarte, por inexistir um rol taxativo de condutas desleais⁷⁷⁴, bastando a contrariedade à lei para prejudicar o competidor e, assim, desestabilizar os interesses do Estado (aqui inclua-se a coletividade) e dos consumidores⁷⁷⁵, é possível estabelecer um liame entre as práticas empresariais com abuso de direitos humanos como uma atividade concorrencialmente ilícita para o fim de indenizar o concorrente lesado e, indiretamente, incentivar condutas protéticas, socialmente desejáveis, uma vez que estas práticas não permitem ganhos não compensados e obtenção de vantagens concorrenciais.

Na concretização da concorrência desleal, portanto, o ato ou procedimento de concorrência deve destacar-se das práticas normais dos negócios. Há de ser qualificado por ausência ou por desrespeito a preceitos de direito ou de moral⁷⁷⁶. Assim, o ato desleal se materializa com a identificação de determinados elementos que norteiam a existência do próprio instituto e reduzem o seu campo de incidência, como, por exemplo: a) desnecessidade de dolo ou de fraude, somente a culpa do agente; b) presunção de dano; c) existência de colisão; d) existência de clientela; e) ato ou procedimento suscetível de repreensão.

Nada obstante, se não resultar dano indenizável, ainda assim a conduta poderá ser reprimida pelo ordenamento, a exemplo da invalidade do ato, ineficácia, paralisação ou inibição da conduta abusiva.⁷⁷⁸ Isto posto, cumpre discorrer sobre os elementos que compõem o elo entre a violação de direitos humanos e a concorrência desleal e a tutela concedida pela responsabilidade civil, o que se organiza de forma metodológica nos seguintes termos: 1º. conceito e previsão legal da concorrência desleal; 2º. abuso de direitos humanos como ato

⁷⁷⁴ “O uso de meios ou métodos desleais transfigura em desonesta a competição permitida: é a concorrência desleal. Mas alguns desses expedientes são tão perigosos ou graves, que o legislador os considera como delituosos: é a concorrência desleal criminosa. Os primeiros, mesmo não sendo delituosos, continuam desleais, permitindo-se aos prejudicados por seu emprego o ressarcimento em perdas e danos. Os outros, além de desonestos, são criminosos, incorrendo os autores nas sanções penais e em igual obrigação de indenizar”. DELMANTO, Celso. **Crimes de Concorrência Desleal**. São Paulo: Bushatsky/EDUSP, 1975. p. 13.

⁷⁷⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. XVII. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. n. 1, v. 7. p. 338.

⁷⁷⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Concorrência Desleal**. São Paulo: Forense Universitária, 2005. p. 47-49

⁷⁷⁷ Com efeito, considerando a possibilidade de sempre surgirem novas formas de concorrência e, por isto, deslealdade, não é possível enumerar uma lista de atos de concorrência desleal. Qualquer lista estaria fadada ao fracasso, uma vez que não há limites para a imaginação humana. MENDES, Paulo Parente Marques e ALMEIDA JUNIOR, José Roberto de. Concorrência desleal: atos de imitação sem indução em erro. *In: ASSOCIAÇÃO INTERAMERICANA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Derechos intelectuales*. Colômbia: Legis, 2013. p.110-128. *Derechos intelectuales*, 2013.

⁷⁷⁸ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito**: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 175-196.

ilícito; 3º. nexos de causalidade entre o ato ilícito e o dano; 4º. a responsabilidade civil para o ato ilícito sem dano; 5º. o dano e o direito de ser indenizado; 6º. a indenização do concorrente lesado pelos danos patrimoniais (dano emergente e lucros cessantes) e danos morais; 7º. A indenização por lucros ilícitos (*disorgement of profits*).

4.1.1 Previsão legal da concorrência desleal no ordenamento jurídico

Sobre a perspectiva da reparação por ato antitruste, com fulcro no art. 47 da Lei 12.529/2011, cumpre assinalar – sem maiores digressões – expressa disposição para permitir que os prejudicados pela prática de infrações à ordem econômica poderão ingressar em juízo contra os infratores para obter indenização por perdas e danos, viabilizando a aplicação dos princípios da lei concorrencial⁷⁷⁹ no âmbito da responsabilidade civil do agente que pratica o ato ilícito e da reparação das vítimas que sofreram prejuízos concorrenciais. No caso, o ressarcimento terá como nexos causal o prejuízo à competição e seu reflexo individualizado no agente econômico (vítima).⁷⁸⁰

Desta maneira, se não constatada a potencialidade lesiva da infração à ordem econômica, o remédio disponível será o do direito civil, que considera o prejuízo causado ao concorrente, sendo esta figura diversa do dano causado à concorrência, muito embora se admitam prejuízos simultâneos⁷⁸¹, pois “a depender da estrutura de mercado e da posição que determinado agente ocupa, condutas vistas como típicos atos de concorrência desleal podem configurar infração à ordem econômica [...]. Com efeito, uma conduta desleal só se torna um

⁷⁷⁹ “A lei de defesa da concorrência, nesse sentido, guarda analogia com a lei de defesa do consumidor (ambas lidam com interesses difusos e ambas preveem também a reparação do dano individual). Nesse sentido, como esta última, a lei concorrencial é uma lei principiológica, no sentido de que nem é *lex generalis* nem *lex specialis*. Sua natureza constitucional (art. 174, §4º c/c art. 170, caput e IV da CF) faz dela a legislação que estabelece os fundamentos sobre os quais se erigem as relações concorrenciais – concorrentes em concorrência entre concorrentes – em que esteja presente alguma forma de poder econômico. Por isso as leis concorrenciais setorializadas na legislação de direito regulatório não obedecem, quanto às questões de concorrência, princípios próprios, mas estão sujeitas aos princípios fundamentais da lei de defesa da concorrência. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direito da Concorrência e Enforcement Privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, n. 2, novembro de 2013. p. 19.

⁷⁸⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direito da Concorrência e Enforcement Privado na legislação brasileira, in **Revista de Defesa da Concorrência**, n. 2, novembro de 2013. p. 22.

⁷⁸¹ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev. atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 251-254.

ilícito antitruste se houver um dano real ou potencial significativo à concorrência”, por exemplo, quando se estiver diante de um agente com poder de mercado.⁷⁸²

El antitrust, en cambio, es un «ilícito especial» al igual su ley reguladora, en tanto que solo comprende algunas conductas singulares con impacto de mercado que suponen un abuso del derecho a la libertad de empresa y de competencia: las prácticas colusorias, los abusos de posición dominante y los actos desleales de relevancia antitruste. Aunque ambos ilícitos vendrían a sancionar y reprimir conductas concurrenciales abusivas del derecho de la libertad de empresa y de competencia, estas conductas solo serán reprimidas via antitrust cuando producen un impacto en el mercado lesivo para los intereses generales, es decir, cuando nos encontremos ante una especie de «deslealtad cualificada» que justifique el control de la Administración pública al que las mismas quedan sometidas.⁷⁸³

Por outro lado, se a magnitude da conduta não for suficiente para ser considerada infração à ordem econômica, isto não significa que o ilícito não será punível. Nesta situação, a proteção direta do agente econômico (concorrente) se encontra tradicionalmente respalda no ordenamento jurídico por meio da concorrência desleal⁷⁸⁴, presente na Lei de Propriedade Industrial (arts. 195 e 209 da Lei 9.279/96⁷⁸⁵), na Convenção da União de Paris (Decreto n.

⁷⁸² FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 431-433. A Autora exemplifica descrevendo a análise do Cade acerca da Averiguação Preliminar n. 08000.026056/1996-30, onde a White Martins Gases Industriais S/A. estaria supostamente praticando preços predatórios e dificultando a constituição e o funcionamento da Oxigases Ltda., na medida em que exigia informações mercadológicas da referida empresa, para, posteriormente, oferecer os mesmos produtos a seus clientes por preços mais baixos. Ao termo foi constatado que se tratava de “uma prática de concorrência desleal que produza lesões apenas no concorrente prejudica (interesse individual, de natureza privada) sem comprometer as estruturas da livre concorrência não configura infração à ordem econômica”. (CADE, Avreiguação Preliminar n. 08000.026056/96-30, rel. Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, Data de julgamento: 31-1-2007).

⁷⁸³ JIMENEZ, Pedro Mario González. La violación de normas antitrust como acto de competencia desleal. in SERRANO, Luis Maria Miranda. COMESAÑA, Julio Costas. **Derechos de la competencia. Desafios y cuestiones de actualidad**. 1a. ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2018. p. 339.

⁷⁸⁴ “Existe, no Brasil, tendência a se misturar áreas de incidência de diplomas diversos, como a Lei da Propriedade Industrial, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e a Lei Antitruste. A consunção muitas vezes se justificaria, considerando-se que os bens jurídicos tutelados mediamente por uma lei são protegidos de forma direta e imediata por outra, não sendo difícil que se percam os contornos da nítida individualização. Sem embargos às dificuldades encontradas, é necessário que esses diplomas sejam tecnicamente apartados, sob pena de comprometer sua aplicação eficaz.”. FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 251.

⁷⁸⁵ Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem; III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; [...]. Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

635/92⁷⁸⁶), da qual o Brasil é signatário e na interpretação sistêmica do art. 186 do Código Civil, aplicada aos casos de abuso de direito.⁷⁸⁷ Destarte, para configurar a deslealdade na concorrência, o parâmetro não é meramente legal, mas, sim, fático, sendo preciso que os atos de concorrência sejam contrários às “práticas honestas em matéria industrial ou comercial”⁷⁸⁸, devendo haver repressão daqueles atos “tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios [...]”, conforme dispõe o art. 209 da Lei de Propriedade Industrial n. 9.279/1996.⁷⁸⁹ Sendo assim, cumpre estabelecer a abertura do conceito legislativo, doutrinário e jurisprudencial de concorrência desleal⁷⁹⁰, inclusive com a interpretação de cláusulas gerais para se depreender as manifestações deste fenômeno.

⁷⁸⁶ Art. 10o bis (2o p.) Constitui ato de concorrência desleal todo ato de concorrência contrario às práticas honestas em matéria industrial ou comercial. 1º. todos e quaisquer fatos suscetíveis de criar confusão, qualquer que seja o meio empregado, com os produtos de um concorrente; 2º. as alegações falsas, no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar de um concorrente.

⁷⁸⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁷⁸⁸ Art. 10 Bis da Convenção de Paris: 1) Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal. 2) Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrario aos usos honestos em matéria industrial ou comercial. 3) Deverão proibir-se especialmente: 1.º Todos os atos susceptíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; 2.º As falsas afirmações no exercício do comércio, susceptíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; 3.º As indicações ou afirmações cuja utilização no exercício do comércio seja susceptível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabrico, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias.

⁷⁸⁹ “No caso do Direito Brasileiro, a noção de deslealdade não se limita à lista dos crimes do art. 195. Como se vê do art. 209 do CPI/96, quaisquer atos – desde que importando em concorrência desleal - tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio serão ilícitos. Claro está que a fórmula “atos tendentes a prejudicar os negócios alheios” não se resume à denigração (“a reputação”) ou à confusão. Na verdade, a única coisa que distingue os atos lícitos, tendentes a prejudicar os negócios alheios (o pressuposto da concorrência...) dos ilícitos é a deslealdade.” BARBOSA, Denis Borges. *A Doutrina da Concorrência*. Rio de Janeiro, 2002. In: BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002. p. 15.

⁷⁹⁰ “A teoria geral da repressão da concorrência desleal, em nosso país, encontra-se ainda nos primórdios de sua evolução, contrastando com o processo e aperfeiçoamento da doutrina e da legislação específica da propriedade industrial. Não possuímos, a bem dizer, uma noção legal ou doutrinária do que se convencionou denominar concorrência desleal, como não se acham fixados os princípios gerais de sua repressão. A doutrina não investigou convenientemente esse recanto quase ignorado do nosso direito e a jurisprudência, por seu torna, escassa e bastante casuística, poucos subsídios oferece para fixar o conceito dessa forma anômala da concorrência, os seus elementos essenciais e o próprio fundamento de sua repressão, de modo a facilitar a elaboração doutrinária e o trabalho do legislador. [...]. Ora, sabendo-se que a teoria da repressão da concorrência desleal é obra quase exclusiva da jurisprudência, não é de estranhar que ela se encontre em relativo atraso em um país, como o nosso, em que os tribunais raramente são chamados a dirimir questões dessa natureza e em que aos juízes poucas oportunidades se oferecem para aprofundarem a matéria e adquirem a necessária experiência no julgamento dessas causas.” CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Volume II. 3. ed. 2a tiragem. Atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 275-276.

A repressão à concorrência desleal, conceituada pelo artigo 10 bis da Convenção da União de Paris, orienta o nosso ordenamento, através de normas penais que constituem infrações específicas (disciplinadas no art. 195 da LPI), as quais, transpostas ao direito civil, constituem atos de concorrência desleal. Também pela tutela estritamente civil, além dos atos específicos do art. 195 da LPI, a proteção se opera pelos enunciados da cláusula geral, denominada concorrência desleal genérica, consistente nos atos tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, disciplinada pelo art. 209 da LPI.

A concorrência desleal de natureza ‘específica’, prevista no artigo 195 da LPI, tem regulamentada nos artigos 209 e 210, a possibilidade de reparação dos danos e os critérios para reparação das hipóteses lá estabelecidas, consistente no pagamento de lucros cessantes decorrentes do desvio de clientela de maneira desonesta, que devem ser apurados pelo critério mais favorável ao lesado, dentre os seguintes: (inc. I) - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou (inc. II) - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou (inc. III) a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem, o que se aplicaria mais especificamente aos casos envolvendo marcas e patentes. Na infringência de um dos direitos exclusivos (‘específicos’ no art. 209 da LPI), incidem os mecanismos próprios de resposta ao ilícito, que, no caso, será um ilícito *stricto sensu*, decorrente da violação de uma norma proibitiva, tornando desnecessário averiguar se o ato extrapola, ou não, os usos honestos em matéria comercial ou industrial,⁷⁹¹ pois presumidos.

No entanto, não sendo o concorrente titular de um direito exclusivo de propriedade industrial – tratando-se de ato desleal de natureza genérica, com base no art. 209 LPI, como é a hipótese do abuso de direitos humanos por empresas -, a responsabilidade civil se assenta em normas gerais, de modo que o lesado poderá se proteger “e ser indenizado quando o rival adotar, na disputa por clientela, meios que exorbitem o padrão ético do mercado, extrapolando os limites impostos pelos usos honestos daquele ramo de atividade”⁷⁹², além de pleitear a cessação

⁷⁹¹ JABUR, Wilson Pinheiro. Pressupostos do ato de concorrência desleal. In: JABUR, Wilson Pinheiro SANTOS. **Propriedade intelectual: criações industriais segredos de negócio e concorrência desleal**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 346.

⁷⁹² FRANCA, Bárbara Gomes Navas da; SCAFF, Fernando Facury. **A tutela civil do concorrente: a responsabilidade civil e suas consequências**. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 53.

da prática lesiva (a sustação da violação ou de ato que a enseje, nos termos do §1º do referido artigo).

Demonstra-se, desta forma, a dupla finalidade das normas que tutelam a concorrência desleal: “a proteção dos concorrentes contra a concorrência desleal e a proteção da coletividade contra os excessos da concorrência. Em outras palavras, o bem imediatamente tutelado relaciona-se ao concorrente, protegendo-se, por via de consequência e de forma indireta, a coletividade”⁷⁹³, pois iguala as regras do jogo para todos os participantes, fazendo com que a concorrência ocorra em elementos que beneficiem o consumidor, como menor preço e a maior qualidade⁷⁹⁴, e, reflexamente, incentivem a inovação. Assim, a concorrência desleal se apresenta como uma tutela ao padrão de lealdade do mercado, mesmo sendo subsidiada pelas normas que tutelam a propriedade industrial, a proteção acontece paralelamente com a proteção da expectativa dos concorrentes por uma concorrência leal, honesta e de boa-fé.

O recurso às cláusulas gerais de boa-fé para enquadrar práticas ilícitas como concorrência desleal confere amplitude para que a repressão destas condutas supere a tridimensionalidade dos atos enganosos, confusórios e as falsas alegações, abarcando também a reparação por danos individuais com repercussão anticoncorrencial consistente no desvio de clientela, gerado por ilícitos que tenham por finalidade a redução do custo de produção ou a obtenção de contratos, aqui se enquadrando a infringência sistemática de direitos humanos, normas trabalhistas, sanitárias, ambientais, penais (corrupção-colusão), etc., podendo atuar como uma maneira de prover com efetividade as normas à que se sujeitam os agentes econômicos no exercício de suas atividades, garantindo a livre concorrência por meio da observância da livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, balizas da ordem econômica.⁷⁹⁵

Isto posto, dado que o recurso às cláusulas gerais se reveste de conceitos abertos, especialmente para caracterizar a concorrência desleal “genérica”, cumpre prosseguir a análise abordando a violação de direitos humanos como ilícito de concorrência desleal.

⁷⁹³ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 251-252.

⁷⁹⁴ SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 117-118.

⁷⁹⁵ FRANCA, Bárbara Gomes Navas da; SCAFF, Fernando Facury. **A tutela civil do concorrente: a responsabilidade civil e suas consequências**. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 57-58.

4.1.2 A concorrência sobre bases ilícitas: a violação de direitos humanos por empresas como ato ilícito para a concorrência leal

A noção de concorrência deve ser redefinida para inserção de “valores sociais historicamente reconhecidos na ordem econômica”⁷⁹⁶, pois a violação de tais normas cria um padrão de concorrência diverso para as empresas violadoras, as quais não respeitam as regras básicas do direito socioeconômico. Deste modo, revela-se falsa e duplamente perversa a afirmativa de que existe concorrência efetiva entre as empresas que respeitam e as que não respeitam direitos humanos, pois se propicia o domínio de mercado pelas empresas violadoras em razão das vantagens concorrenciais obtidas mediante tais atos, fazendo com que triunfem no mercado, justamente, as empresas mais danosas à ordem econômica e à coletividade.⁷⁹⁷

A Constituição brasileira proíbe que a iniciativa econômica privada possa ser desenvolvida de maneira prejudicial à promoção da dignidade da pessoa humana e à justiça social. Rejeita, igualmente, que os espaços privados, como a empresa e a propriedade, possam se constituir em reduto insuscetível de controle estatal e propício à violação do projeto constitucional.⁷⁹⁸ Nada obstante, para que se permita responsabilizar empresas por violação de direitos humanos fundamentais no âmbito privado - concorrencial, é necessário estabelecer as prerrogativas essenciais que tornam a atividade empresarial com abuso de direitos humanos (*erga omnes*) um ato ilícito.

A ordem econômica mencionada no caput do art. 170 da CF significa que o mundo do ser, das relações econômicas ou atividades econômicas em sentido amplo – deve ser dinamizado em vista da promoção da existência digna que todos devem gozar, pois a dignidade da pessoa humana compromete todo o exercício da atividade econômica, seja em sentido amplo ou estrito. Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade de modo não adequada à sua promoção expressamente viola o princípio duplamente contemplado na Constituição Federal, sendo

⁷⁹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 61-63,

⁷⁹⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 120.

⁷⁹⁸ TEPEDINO, Gustavo. A influência dos direitos humanos e direitos fundamentais no direito civil brasileiro. *In*: LEAL, Larissa Maria de Moraes; GODINHO, Adriano Marteleto Godinho; LIMA, Raquel Moraes de. **Direito civil - Constitucional I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 27.

assegurado, enquanto viabiliza o acesso a todos, não apenas às liberdades formais, mas, sobretudo, às liberdades reais.⁷⁹⁹

O perfil social do mercado liga-se à regulação para uma atuação em termos de política social corretiva da *lex mercatória*, promovendo uma espécie de redistribuição equânime e justa das vantagens e perdas que se realizam no sistema como um todo, de modo que se torna preciso um controle sobre a força persuasiva do mercado, que será através do direito, entrelaçando a dimensão social e jurídica definitivamente. O direito se responsabiliza por estabelecer limites e correções, ditadas não apenas pela busca da riqueza ou sua distribuição, mas por valores e interesses de natureza diversa, sendo assim, o mercado necessita de normas que o legitimem e o regulem, guiada pelo contexto cultural e normativo em que esteja inserido.⁸⁰⁰

Conforme estabelece o art. 219 da Constituição Federal⁸⁰¹, o incentivo ao mercado deve dar-se de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, o que dá guarida à sua dimensão social. Desta maneira, nos negócios “a função social dos contratos relacionados ao exercício da atividade empresarial gera uma nova possibilidade de confrontação, agora com a função social reconhecida à própria empresa”⁸⁰², onde, “a eficácia do contrato [do negócio] deve atender aos valores maiores da Constituição Federal e estar orientada em conformidade com os princípios fundamentais nela consagrados, tal qual expresso nos seus arts. 1º e 3º”⁸⁰³. A livre iniciativa, neste sentido, tem consagrada na Constituição Federal o seu “valor social” (art. 1º⁸⁰⁴), e

⁷⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. *In*: J.J. Gomes. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1886.

⁸⁰⁰ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileira: da mercancia ao mercado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 160-161.

⁸⁰¹ Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 fev. 2018.

⁸⁰² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 174.

⁸⁰³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 175-176.

⁸⁰⁴ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 fev. 2018.

assegurar-se-á a existência digna conforme os ditames da Justiça Social (art. 170⁸⁰⁵), isto é, a livre iniciativa deverá servir a este fim “socialmente valioso”⁸⁰⁶.

Assim, o perfil social do mercado conjuga a preservação do sistema de produção e a implementação de políticas públicas para concreção dos objetivos sociais constitucionalmente fixados⁸⁰⁷, dos quais se alude o princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui cláusula geral da tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento jurídico, permitindo o seu pleno desenvolvimento econômico e social. Sendo que esta categoria de direitos, tem sido a responsável pela inserção de valores na ordem jurídica, tutelados com prioridade pelo intérprete no momento da aplicação do direito.⁸⁰⁸

Em se tratando do direito concorrencial e concorrência desleal, nada obstante, as regras de responsabilidade civil se diferirem da dogmática tradicional, pois ainda que um comerciante cause prejuízo ao seu concorrente, em razão da diminuição do movimento e dos lucros em virtude da instalação de seu comércio em local próximo, não haverá dever de indenizar a menos que o comerciante pratique algum ato ilícito, por exemplo, um ato de concorrência desleal⁸⁰⁹, “que apresenta-se, assim, como um desvio do direito de livre concorrência, ou como exercício irregular dessa faculdade”.⁸¹⁰ Trata-se da proteção da concorrência para que esta se desenvolva de forma leal, respeitadas regras mínimas de comportamento entre os agentes econômicos, garantindo (i) que o sucesso das empresas no mercado dependa de suas virtudes e não do abuso-ilícito negocial e (ii) o fluxo de informações para o consumidor, para se obter um verdadeiro equilíbrio das relações econômicas.⁸¹¹ Pois, em que pese as relações comerciais tenham no lucro

⁸⁰⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...].BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 fev. 2018.

⁸⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 200.

⁸⁰⁷ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileira: da mercancia ao mercado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 160.

⁸⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo. A influência dos direitos humanos e direitos fundamentais no direito civil brasileiro. In: LEAL, Larissa Maria de Moraes; GODINHO, Adriano Marteleto Godinho; LIMA, Raquel Moraes de. **Direito civil - Constitucional I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 4-5.

⁸⁰⁹ “[...] enquanto não usa de processos ilegais, o que caracteriza a concorrência desleal, é legítimo que um comerciante dispute com outro, de igual ramo, a clientela que ambos pretendem”, pois “do lucro de um ordinariamente resultará o prejuízo de outro”. RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**, vol 4, 20 ed., São Paulo: Saraiva, 2002. p. 43.

⁸¹⁰ CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Volume II. 3. ed. 2ª tiragem. Atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 290.

⁸¹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 37-40.

um dos principais objetivos das partes⁸¹², isto não significa plena liberdade para praticar todo e qualquer ato. Existem fronteiras às atividades dos agentes econômicos que não podem ser ultrapassadas, como a violação dos deveres do boa-fé, usos e costumes do mercado, que nunca deixaram de existir em suas dimensões política e econômica.⁸¹³

A boa-fé objetiva configura-se como uma norma jurídica e designa não uma crença subjetiva, nem um estado de fato, mas aponta, concomitantemente a: (i) um instituto ou modelo jurídico (estrutura normativa alcançada pela agregação de duas ou mais normas); (ii) um *standard* ou modelo comportamental pelo qual os participantes do tráfego obrigacional devem ajustar o seu mútuo comportamento; e (iii) um princípio jurídico (norma de dever ser que aponta, imediatamente, a um estado ideal de coisas). Assim, o direcionamento propiciado pelo *standard* comportamental tem um sentido direcional para valores ético-jurídicos da probidade, honestidade, lealdade e da consideração às legítimas expectativas.⁸¹⁴

São os deveres acessórios de lealdade que obrigam as partes a absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo dos negócios ou desequilibrar o jogo de prestações, inclusive, podendo-se incluir deveres de atuação positivos como, por exemplo, deveres de não concorrência, não celebração de contratos incompatíveis com o objetivo de não concorrência, entre outros atos que visem a preservar o objetivo e a economia contratual. Tais deveres se relacionam à boa-fé e não ao próprio contrato, pois são exigências do sistema em face da conduta empresarial.⁸¹⁵

Assim, nos negócios empresariais, a boa-fé objetiva exige que o empresário se comporte conforme as “regras do jogo” do ambiente institucional em que estiver inserido, *in casu*, sob o manto do ordenamento jurídico nacional, a solidariedade constitucional, no âmbito contratual, a busca pela promoção dos interesses patrimoniais próprios e daqueles socialmente úteis, e no âmbito extracontratual, no que diz respeito, dentre outros, aos consumidores, à livre

⁸¹² FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 38.

⁸¹³ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileira: da mercancia ao mercado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 159.

⁸¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 281-285.

⁸¹⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 606-607.

concorrência, meio ambiente e às relações de trabalho.⁸¹⁶ A boa-fé permite e estimula a eficiência do agente econômico, pois lhe compromete com deveres contratuais e extracontratuais, bem como exige (para o bem do tráfico mercantil) que seja adotado o comportamento típico para satisfação de sua função econômica – a busca pelo lucro – exigindo que, na alocação dos recursos o empresário deverá pautar seu comportamento no padrão de cuidado e diligência empresarial em consonância com os ditames constitucionais, afinal, “as dimensões política e econômica do mercado existirão sempre nos limites impostos por sua dimensão social; dizendo-o de outro modo, a dimensão social do mercado impõe a formatação de sua dimensão política e econômica [...]. derivada em última instância, das normas constitucionais”.⁸¹⁷

Neste sentido, permite-se observar que boa-fé objetiva (art. 187 do CC) aliada à lealdade empresarial se inserem como medidas de aferição da licitude no exercício de direitos derivados de negócios jurídicos. Dentre uma de suas espécies⁸¹⁸ encontram-se os deveres anexos ou instrumentais, que atuam para otimizar o adimplemento satisfatório, o fim da relação obrigacional. São deveres que não atinem ao ‘que’ prestar, mas ao ‘como’ prestar, podendo estar previstos em lei ou não, quando for o caso da integração da boa-fé entendida como princípio do ordenamento jurídico.⁸¹⁹ Neste sentido, a noção de boa-fé deve pressupor que os contraentes se pautem não apenas por critérios objetivos ligados aos próprios interesses, mas que também levem em consideração os valores de toda a coletividade, sob pena de incorrerem em “abuso de direito”, cujo fundamento se encontra na necessidade de respeitar os direitos alheios, não violação de normas éticas, na falta de consideração sobre o fim preconizado pela lei.⁸²⁰

⁸¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In **Temas de direito civil**. Tomo 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 20. Sobre a função social do contrato na doutrina brasileira, v. TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a função social dos contratos**. In Temas de Direito Civil. Tomo 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 145 e ss.

⁸¹⁷ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileira: da mercancia ao mercado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 159.

⁸¹⁸ “Quando atuar como fontes de deveres, exercendo a sua função monogenética, a boa-fé gera deveres anexos aos deveres de prestação e deveres de proteção. [...]. De fato, cada negócio jurídico é particularizado pela existência de um complexo de deveres de interesses: (i) há deveres de prestação, principais e secundários; (ii) há deveres anexos ou instrumentais aos deveres de prestação; e (iii) há deveres de proteção contar danos que poderiam advir do negócio jurídico.” MARTINS-COSTA, Judith. **Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 239.

⁸¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 241-243.

⁸²⁰ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 680-681.

Diante disto, em negócios empresariais, a boa-fé garante deveres instrumentais de conduta para “as regras do jogo”, que visam promover a cooperação e a proteção dos interesses - próprios e de terceiros -, pois são recíprocos, trando-se de um verdadeiro guia em que os contratantes devem pautar sua conduta, servindo para desempenhar funções de *excluder*, de barreira contra condutas que possam ser consideradas de má-fé, funções ‘expressivas’ de consolidação de práticas de ‘honestidade’ e de ‘razoabilidade’ - como se julga ser alcançável através do reconhecimento generalizado do *implied covenant of good faith*⁸²¹, inclusive, com relação ao (des)cumprimento de obrigações relativas aos direitos de terceiros envolvidos direta e indiretamente com o programa contratual, com aferição de lucros ilícitos por meio de vantagens não compensadas em detrimento do indivíduo e da coletividade.

O que ocorre nas externalidades é que o excedente econômico dos contratos precisa, para refletir de forma fiel o bem-estar social, incluir também a variação na situação de terceiros. Assim, o excedente econômico de contratos que gera externalidades positivas é maior o que as partes normalmente levam em conta [...]. Já o contrário ocorre no caso de contratos com externalidades negativas, visto que o mercado livre tende a produzir mais do que a quantidade ótima desses contratos. Ou seja, nem todas as transações efetuadas terão excedente econômico positivo.⁸²²

Por meio de uma perspectiva funcional, a ordem constitucional estabelece valores que fixam um projeto de sociedade que deve ser perseguido e promovido pelo ordenamento jurídico e, que desta forma, se harmoniza axiologicamente aos institutos jurídicos como propriedade, contrato e empresa.⁸²³ A metodologia civil-constitucional designa o conceito pós-moderno do contrato, cuja relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros.⁸²⁴ Supera-se a ótica individualista, além dos interesses individuais, para serem observados os efeitos que serão gerados e produzidos em relação ao todo, à sociedade ou ao círculo de pessoas potencialmente afetadas de forma direta ou indireta pelo negócio jurídico.⁸²⁵ Esta é a compreensão objetiva ou finalística da complexa questão do

⁸²¹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 571-583.

⁸²² TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 187-188.

⁸²³ PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 8.

⁸²⁴ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

⁸²⁵ REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do contrato**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 103-104.

abuso de direito, adotada na Europa e no Brasil, compreendendo-a a partir de outros critérios que não os meramente subjetivos, ligados apenas à intenção ou aspectos psicológicos do agente. Para esta teoria, o abuso se identifica pelo desvio de finalidades sociais e econômicas que justificam a própria tutela dos direitos, resgatando a intersubjetividade destes e o seu compromisso não apenas com os interesses do seu titular, mas também com os da sociedade.⁸²⁶

Desta maneira, a função socioeconômica das relações contratuais e extracontratuais impõe às partes o reconhecimento da liberdade contratual e da autonomia privada para serem exercidas dentro dos limites e termos da função socioeconômica, limitando a discricionariedade de seus atos aos termos da Constituição Federal e aos limites dos artigos 421⁸²⁷, 422⁸²⁸ e parágrafo único do artigo 2035 do Código Civil⁸²⁹. Para além da função econômica e social, os direitos humanos se apresentam como um novo ponto de atenção obrigatório às empresas e os seus respectivos negócios, demonstrando que os anseios da sociedade são de uma atuação empresarial com alta responsabilidade social.⁸³⁰

Como decorrência destes anseios, tal como os Estados, passou-se a reconhecer que as empresas também podem violar direitos humanos e, também, podem ser responsáveis por proteger estes direitos. Assim, a responsabilidade social empresarial deve tratar de garantir (1) políticas de pessoal que respeitem os direitos dos que fazem parte e favoreçam o seu desenvolvimento; (2) transparência e boa governança corporativa; (3) jogo limpo com o consumidor; (4) políticas ativas de proteção ao meio ambiente; (5) integração aos grandes temas que produzem bem-estar comum; (6) não praticar código de ética duplo,⁸³¹ afinal, o objetivo da função social é, sem desconsiderar a autonomia privada, reinserir a solidariedade social na

⁸²⁶ FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 106.

⁸²⁷ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁸²⁸ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

⁸²⁹ Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no [art. 2.045](#), mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

⁸³⁰ SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado.** São Paulo: companhia das Letras, 2010. p. 361-362.

⁸³¹ SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado.** São Paulo: companhia das Letras, 2010. p. 363-364.

atividade econômica, o que foi objeto de análise afirmativa pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião da ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva das seguradoras nas hipóteses de acidente de trânsito causada por veículo automotor, sob o fundamento da justiça social e da solidariedade.⁸³²

Responsabilidade civil objetiva das entidades seguradoras e seguro obrigatório de danos pessoais: O art. 7º da Lei nº 6.194/74, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei nº 8.441/92, ao ampliar as hipóteses de responsabilidade civil objetiva, em tema de acidentes de trânsito nas vias terrestres, causados por veículo automotor, não parece transgredir os princípios constitucionais que vedam a prática de confisco, protegem o direito de propriedade e asseguram o livre exercício da atividade econômica. - A Constituição da República, ao fixar as diretrizes que regem a atividade econômica e que tutelam o direito de propriedade, proclama, como valores fundamentais a serem respeitados, a supremacia do interesse público, os ditames da justiça social, a redução das desigualdades sociais, dando especial ênfase, dentro dessa perspectiva, ao princípio da solidariedade, cuja realização parece haver sido implementada pelo Congresso Nacional ao editar o art. 1º da Lei nº 8.441/92.⁸³³

A violação de direitos humanos na cadeia produtiva é o que se pode denominar de concorrência sobre bases ilícitas que autoriza o concorrente prejudicado a pleitear tutelas inibitórias e reparatórias, uma vez que esta conduta empresarial se designa àqueles concorrentes que falseiam a concorrência ao incorporarem como parte de sua estratégia empresarial, com vistas à redução de custos, o descumprimento sistemático de normas sociais como são os direitos humanos, trabalhistas, tributários, ambientais, autorais e de propriedade intelectual, para, com isto, obterem vantagens concorrenciais que não decorrem de sua eficiência, mas do abuso de atos ilícitos – na gestão empresarial ou no processo produtivo - que implicam ou

⁸³² FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa:** Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 200.

⁸³³ BRASIL. STF. **ADI 1003 MC**, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/1994, DJ 10-09-1999.

possam implicar (potencialmente) - na obtenção de posição mais favorecida em relação aos demais concorrentes.⁸³⁴⁸³⁵

A tutela e o adequado cumprimento das normas sociais (obrigações principais e acessórias) significam um custo no processo produtivo e quando uma empresa decide ignorar ou violar as respectivas normas como estratégia de gestão, invariavelmente perceberá uma vantagem competitiva desconectada da sua eficiência. Esta variável decorre da existência dos custos de transação, “todos os custos em que as partes envolvidas em relação jurídica ou econômica precisa incorrer para que ela se realize. As normas jurídicas são custos de transação”⁸³⁶ e, como tal, estão “sempre presentes e influem diretamente na interação entre os agentes econômicos, alternando as condições de negociação e, por conseguinte, de preço”.⁸³⁷ A relevância dos custos de transação para o direito parte da premissa de que as partes sempre buscarão a solução mais eficiente para a negociação, o que será alcançado se o custo de transação for zero ou próximo disto. Não obstante, utopicamente, isto só ocorrerá mediante (i) uma situação de informação perfeita e disponível, sem custos para as partes; (ii) concorrência perfeita; (iii) direito de propriedade apropriável a terceiros, e (iv) racionalidade perfeita⁸³⁸.

Nada obstante aos custos de transação e os reflexos destes na atividade econômica, ainda assim é imprescindível a salvaguarda dos valores fundamentais reconhecidos e promovidos pelo ordenamento, onde as disposições cogentes se moldam conforme os valores fundamentais que presidem o sistema, não podendo ser afastadas no exercício da autonomia privada.⁸³⁹

⁸³⁴ FRANCA, Bárbara Gomes Navas da; SCAFF, Fernando Facury. **A tutela civil do concorrente: a responsabilidade civil e suas consequências**. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 64-65.

⁸³⁵ “Não há dúvida que o custo da mão-de-obra impacta sobre o custo da produção, o que leva à possibilidade de vender seus produtos por um preço mais baixo que o da concorrência e ainda aumentar o lucro. [...] A utilização do trabalho escravo, além da violação aos direitos humanos das pes-soas que estão sendo escravizadas, também representa uma falha de mercado, pois acarreta uma vantagem econômica em face das demais empresas da mesma atividade, pois aquela que se utiliza do trabalho escravo tem um custo de produção inferior do que uma que não se utiliza. De acordo com dados do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região (TRT15), quando analisadas as empresas no ramo da costura, verificou-se que o empregador que utiliza de mão-de-obra escrava ganha R\$ 2.300,00 (dois mil e trezentos reais) sobre cada funcionário escravizado.” GONÇALVES, Oksandro; SILVA, Ricardo Murilo da. Enforcement privado, sanção reputacional e trabalho escravo. **Revista chilena de derecho del Trabajo y de la seguridad social**. Chile: Vol. 11 Núm. 21, pp. 117-134, Primer Semestre/2020. p. 118, 124.

⁸³⁶ GONÇALVES, Oksandro. **Análise econômica do direito**. 1 ed. Curitiba: IESDE, 2020. p. 29.

⁸³⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 123.

⁸³⁸ KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase in RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 71-77; p. 71-72.

⁸³⁹ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileira: da mercancia ao mercado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 213.

Assim, o comportamento empresarial contraditório aos deveres anexos da boa-fé, dentre estes, os atos de violação aos direitos humanos na cadeia produtiva, importam em uma omissão (culposa ou dolosa) ao *standard* de conduta estabelecido pelo ordenamento jurídico, sendo ato ilícito⁸⁴⁰ representado pela análise econômica do direito como uma falha de mercado, reconhecida enquanto externalidade negativa, assimetria informacional dos consumidores e custos de transação para o mercado e seus agentes econômicos. A falha de mercado, quando implementada, resulta em negócios que não obtém o melhor potencial econômico, seja pelos critérios de formação de preços, da adequada circulação de bens e serviços ou, ainda, quanto à maior qualidade dos produtos e serviços. Assim, a presença de tais fatores gera distorções ao mercado, externalidades negativas, afastando-o de transações lícitas, com prejuízos aos consumidores, à coletividade e aos próprios concorrentes.

A existência de externalidades foi estudada por Ronald Coase, partindo das constatações de Arthur Cecil Pigou a respeito dos custos marginais privados e sociais a elas relacionados.⁸⁴¹ As externalidades negativas impõem uma parcela do custo de uma atividade a um terceiro não envolvido na relação, e as externalidades positivas, ao contrário, dão-lhe uma vantagem não compensada em face de quem produz. Desta forma, os bens produzidos são ofertados com má alocação de recursos, pois na externalidade negativa o preço da atividade não reflete o custo social imposto à coletividade⁸⁴², sendo que o preço final não reflete o valor real do custo para a sua produção.

A extração destas vantagens ilícitas impõem, ainda, assimetrias informacionais que, conseqüentemente, geram os problemas de seleção adversa aos consumidores, pois desconhecem ou simplesmente ignoram a realidade do mercado e/ou do produto e/ou do

⁸⁴⁰ “Apartarse de la función o del fin de la norma, o de los principios generales, siempre va a inducirnos em uma forma de ilicitude. Lo transgredido no está especificado em forma concreta sino em forma genérica. Son critérios de conducta genéricos que surgen del ordenamento jurídico y son lesionados. Toda forma de exceso o de abuso em el ejercicio de um derecho lleva a la ilicitude. Cada derecho existe para cumplir un fin o por una razón o función a desarrollar y no es posible apartarse de esse fin pues forma parte del derecho. Los derechos no se confieren para danar injustamente a otros. Como sostuvo JOSSERAND (ob. Cit), los derechos no son absolutos sino relativos, limitados a cumplir el fin para el que se crearon. Cuando existe um apartamiento de esse fin cometido legítimo, hay abuso.” CASTILLA, Gustavo Ordoqui. **Abuso de derecho (civil, comercial, procesal, laboral y administrativo)**. Pontificia Universidade Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez, 2010. p. 537, p. 91

⁸⁴¹ COASE, Ronald. H. **The problem of social cost**. The Journal of Law and Economics. Vol. III. University of Virginia. October 1960. Disponível em: <http://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018. p. 1.

⁸⁴² MACKAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 123.

serviço, especificamente quanto aos meios exercidos pelo agente econômico, tendendo a conduzir suas escolhas simplesmente pelo menor preço, que somente é obtido pelo concorrente através de práticas ilícitas, promovendo uma injusta competição com relação ao preço.⁸⁴³ Nesta perspectiva de assimetria informacional (concorrência ilícita), com o conseqüente risco moral através da veiculação de falsas informações ao mercado (custos não compensados), há manifesto abuso de direito e o desrespeito ao *standard* de boa-fé, ou seja, um ilícito de natureza civil-concorrencial.

O funcionamento do mercado leva à produção dos chamados ‘efeitos autodestrutíveis’, ou seja, à criação de elementos que comprometem a sua fluidez. [...]. A exploração exacerbada dos trabalhadores, o desfrute econômico de crianças, o desrespeito sistemático aos consumidores, a destruição ao meio ambiente são capazes de levar à desestabilização social e econômica. [...]. A fim de eliminar as falhas de mercado, admitem alguns que haja intervenção, ou seja, que o direito (Estado) atue de modo a trazer o mercado para o seu funcionamento mais normal possível, próximo ao modelo de concorrência perfeita. Quer analisem a questão sob o ponto de vista da eliminação dos efeitos autodestrutíveis, quer da neutralização das falhas de mercado, estamos diante da atuação (intervenção) a favor do mercado (i.e., do sistema de mercado) e não contra ele. Ou seja, a eliminação das distorções que emergem do funcionamento do mercado ou do modo de produção visa à preservação do mesmo mercado, no qual os agentes econômicos podem atuar, conquistar novos consumidores - e, portanto, competir – livremente.⁸⁴⁴

Denota-se, deste modo, que a exploração das falhas de mercado gera custos para a coletividade e para o próprio tráfego comercial, permitindo a manipulação do mercado competitivo, de modo que os infratores captam uma vantagem a partir de práticas anticompetitivas, de modo que poderão desviar clientela que, não fosse a execução de atos ilícitos, seria disputada em igualdade de condições pelos concorrentes, que passam a suportar um dano injusto e passível de indenização.

Apesar de algumas decisões empresariais serem individualmente vantajosas e economicamente eficientes, se gerarem um custo social e ineficiência do ponto de vista coletivo, cumpre ao direito lhes regular para maximizar a eficiência no plano coletivo-social e minimizar as externalidades negativas,⁸⁴⁵ nos termos da função social do contrato, que tutela

⁸⁴³ TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 188.

⁸⁴⁴ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 3 Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 156-158.

⁸⁴⁵ RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**. Coimbra: Editora Almedina, 2007. p. 42-44.

tanto interesses individuais quanto extracontratuais,⁸⁴⁶ aí considerados não somente as relações de lucro e prejuízo das partes, mas a sanidade do mercado como um todo, ou, como dito acima, o plano coletivo-social, de modo que a ilicitude do agente econômico que se utiliza de práticas anticoncorrenciais como o abuso de direitos humanos também pode ser analisada sob a perspectiva dos comportamentos previsíveis e calculáveis, onde a regularidade leva a possibilidade de previsão dos comportamentos e a uma ordem (conjunto de regras – *set of rules*), pois os agentes confiam que a sua atuação (e a atuação dos outros) será baseada em regras (diretrizes comportamentais aceitas e disciplinadoras da conduta dos agentes), de forma que o risco estará no sucesso ou insucesso da jogada e não na “exploração” ilícita das regras do jogo. Trata-se da proteção da legítima expectativa, da boa-fé, da confiança, que se forem seguidas, promovem o incremento da segurança jurídica e a diminuição dos custos de transação. A ordem jurídica, neste sentido, composta por normas endógenas (dos próprios agentes) e exógenas (do Estado), visa catalisar o fluxo de relações econômicas, diminuindo custos de transação, aumentando o grau de segurança jurídica e, quando o caso, eliminando as falhas do mercado,⁸⁴⁷ “[...] não se podendo confundir as razões econômicas com os argumentos éticos: são estes últimos que merecem prioridade e fornecem à economia um fundamento ético que, na concreta realidade histórica, saiba conjugar eficiência econômica e direitos humanos, mercado e democracia.”⁸⁴⁸

Embora a possibilidade da violação sistemática de direitos ser reconhecida como ato jurídico ilícito, as poucas respostas do ordenamento jurídico têm se concentrado à condenações perante a Justiça do Trabalho, por dano social ou dano moral coletivo, mediante iniciativa do Ministério Público ou Sindicatos, por meio de ações coletivas. Nada obstante, este tipo de ilícito também autoriza aos concorrentes pleitear a cessação da conduta e, mediante a demonstração de dano, a reparação dos prejuízos causados, nos termos autorizados pelo art.

⁸⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, GUSTAVO; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lirda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 399.

⁸⁴⁷ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileira: da mercancia ao mercado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 162-164. A autora complementa: “A ordem jurídica do mercado assume as seguintes características: (i) normalidade: porque os comportamentos se dão conforme normas (i.e. ‘normais’); (ii) uniformidade: os comportamentos são adequados a um esquema, formatado por norma, que tende a produzir ‘notas de anônima repetitividade’; e (iii) regularidade: o ato é reconduzido a um tipo normativo, perdendo o caráter de fortuito e arbitrário (sendo, pois, previsível).

⁸⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 539.

186 e 927 do Código Civil e no art. 209 da LPI, pois se constitui como concorrência desleal qualquer ato contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.

Para tanto, a tutela do concorrente lesado depende não apenas da demonstração do descumprimento da norma pelo concorrente-ofensor, mas da correção da conduta do concorrente-vítima, que necessita demonstrar sua legitimidade através de uma conduta social e eticamente correta para poder arguir a ilicitude lesiva do concorrente (sobre legitimidade, vide tópico 4.2.1). Nesse sentido, o agente econômico só terá direito de ressarcimento se tiver arcado com o custo da observância das normas, de modo que o infrator terá efetiva ou potencial tido condições de, por sua conduta abusiva, extrair vantagem concorrencial através do rebaixamento dos custos de transação. Isto significa, que se ambos violarem normas (em maior ou menor grau), não se haverá uma legitimidade para pleitear danos por injusta vantagem concorrencial.⁸⁴⁹

Isto posto, diante da vinculação *erga omnes* dos direitos humanos ao ordenamento jurídico, aliada à existência de limites explícitos e implícitos ao exercício da atividade empresarial, nos termos do art. 170 da CF, ambos com caráter deontológico e vinculante, consolidam-se (nov)os interesses que devem ser tutelados no exercício da livre iniciativa empresarial, de modo que afastar-se das finalidades da norma ou dos princípios gerais no exercício de um direito levam a ilicitude por seu respectivo abuso, colocando em risco a liberdade de escolha dos consumidores (e indiretamente a coletividade) e os direitos subjetivos dos seus concorrentes, o que autoriza a repercussão indenizatória do ato desleal para sujeitar o infrator ao ressarcimento dos danos (concretos ou potenciais) que decorrerem da sua conduta ilícita⁸⁵⁰ em desfavor dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico.⁸⁵¹

Aliado ao fato de se indenizar o injusto dano causado pelo ilícito concorrencial, o reconhecimento dessa modalidade permite reforçar a tutela estatal conferida às normas jurídicas violadas, sendo mais uma forma de garantir efetividade aos valores perseguidos pela ordem constitucional, por meio da iniciativa privada que reflexamente auxiliará aos deveres

⁸⁴⁹ FRANCA, Bárbara Gomes Navas da; SCAFF, Fernando Facury. **A tutela civil do concorrente: a responsabilidade civil e suas consequências**. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 73-74.

⁸⁵⁰ FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 219-221.

⁸⁵¹ CASTILLA, Gustavo Ordoqui. **Abuso de derecho (civil, comercial, procesal, laboral y administrativo)**. Pontificia Universidade Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez, 2010. p. 114-115.

obrigatórios do Estado em tutelar as atividades empresariais que violem direitos humanos, uma vez que o reconhecimento da concorrência desleal sobre bases ilícitas fará com que os agentes privados, detentores de menor assimetria informacional em face do órgão fiscalizador (Estado), possam se insurgir contra as práticas ilícitas do rival, incentivando a todos para o cumprimento das normas sob pena de remoção do lucro obtido com a ilicitude.

4.1.3 O recurso à responsabilidade civil como instrumento protetivo dos atos concorrenciais sobre bases ilícitas

No ambiente privado, a responsabilidade civil vem se apresentando como instrumento flexível capaz de proteger não apenas direitos absolutos, mas também direitos relativos, com situações jurídicas e interesses legítimos dos mais variados, referindo-se aos meios pelos quais se almeja propiciar o convívio social pacífico. Nelson Rosenvald apresenta quatro funções fundamentais atribuídas à responsabilidade civil, conforme o tempo e lugar, sendo as duas primeiras pacíficas na *civil law* e que compõem uma tripartição funcional da responsabilidade civil, reparatória, punitiva e precaucional: (1) a função de reagir ao ilícito danoso, com a finalidade de reparar o sujeito atingido pela lesão; (2) a função de reparar o lesado ao *status quo ante*, ou seja, estado ao qual o lesado se encontrava antes de suportar a ofensa; (3) a função de reafirmar o poder sancionatório (ou punitivo) do Estado; (4) a função precaucional, de desestímulo para qualquer pessoa que pretenda desenvolver atividade capaz de causar efeitos prejudiciais a terceiros.⁸⁵²

A função reparatória tem por finalidade resguardar o *status quo* dos indivíduos atingidos pelos atos ilícitos, inserindo-se como uma resposta aos atos antijurídicos praticados por determinado agente, aplicável e mensurável, após a efetiva lesão, cumprindo com a função de desestímulo ao infrator que deve reparar ou compensar a vítima. A função punitiva tem por pretensão aplicar uma sanção àquele que viola determinada norma jurídica, concorrendo indiretamente para o alcance preventivo da responsabilidade civil, sendo o que é alvo de críticas no ordenamento jurídico brasileiro em virtude do art. 944 relacionar a indenização com base na extensão do dano sofrido. Por fim, a função precaucional precede ao dano na medida em que

⁸⁵² ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 32

reduz a possibilidade de sua ocorrência mediante o controle de incertezas.⁸⁵³ Trata-se de uma tutela inibitória, para evitar situações potencialmente lesivas aos interesses protegidos pelo ordenamento e/ou para incentivar a promoção da sua máxima realização.⁸⁵⁴

Na sua acepção funcional, a ideia de compensação pode satisfazer tanto a vítima como pode se mostrar mais adequada para assegurar práticas lícitas, tensionadas pelo mercado em prol da coletividade. A função reparatória possui relevante dimensão social quando estabelece desestímulo à infração civil, pois ultrapassa a relação entre o causador do dano e a vítima que requer a indenização de forma a compensar seus prejuízos, pois na concorrência desleal, deve-se anular todos os ganhos do ofensor, reestabelecendo a equidade e lealdade pretendida protegida pelo direito concorrencial e pelos princípios constitucionais insculpidos no art. 170 da CF, dentre estes, a função social, livre-iniciativa e livre-concorrência.⁸⁵⁵

Quanto às funções da responsabilidade civil na atualidade, embora persista a importância da compensação, vem ganhando destaque a função normativa ou de desestímulo, cuja dimensão social é evidente, já que ultrapassa a relação entre o causador do dano e a vítima que requer a indenização. Essa é uma das razões pelas quais não há ranço acentuadamente patrimonialista que impeça a responsabilidade civil de cumprir a função de tutelar os mais diversos interesses, inclusive os públicos.⁸⁵⁶

Essa multiplicidade de funções é relevante em uma sociedade moderna, onde os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e proteção da sociedade industrial, o que demanda ao direito novas respostas para as pretensões reparatórias.⁸⁵⁷ A responsabilidade civil – em matéria concorrencial -, funciona como um seguro implícito para as vítimas concorrenciais - que podem recuperar os danos sofridos – e, também, impõe um custo adicional que deve ser considerado pelo infrator – associado ao risco de que o evento dano ocorra.⁸⁵⁸ Desta maneira, as incertezas relacionadas

⁸⁵³ BARBOSA, Caio Cesar do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. Contenção de ilícitos lucrativos no Brasil: o disgorgement of profits enquanto via restitutória. **Revista de Direito da Responsabilidade**. Ano 2, pp. 517-542, Jul/2020. p. 520-525.

⁸⁵⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 229.

⁸⁵⁵ FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa**: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 226-236.

⁸⁵⁶ FRAZÃO, Ana. **Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade**: um exame a partir do direito comparado. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, n. 4, p. 17-43, out./dez. 2011. p. 36.

⁸⁵⁷ BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. *In*: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP, 1997. p. 25.

⁸⁵⁸ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL Steven. *Handbook of Law and Economics*. Vol. 1. Elsevier. 2007. p. 142.

ao sistema da responsabilidade civil impactam diretamente nos níveis das atividades socialmente desejáveis, inclusive para limitar e retrair comportamentos indesejáveis.⁸⁵⁹

Segundo os critérios de eficiência e utilidade, a avaliação dos institutos jurídicos sob o enfoque de seus efeitos na cadeia produtiva e na apreciação das condições estabelecidas pelas normas para organização dos agentes privados, é possível que modifiquem seus parâmetros de produção a partir da ponderação dos mecanismos legais que retirem ou atenuem os ônus e riscos⁸⁶⁰ provenientes da atividade produtiva, ponderando custo-benefício (sacrifício-prêmio) buscando maximizar seus próprios interesses, em todas suas atividades. Com esta perspectiva, as regras estabelecidas conduzem à incorporação de “custos” para as condutas indesejáveis e promovem incentivos aos comportamentos desejáveis.

[...] na perspectiva da análise econômica do Direito, a responsabilidade civil subjetiva está condicionada a uma relação de custo-benefício também quanto aos níveis de precaução que serão adotados. Se a precaução tiver um custo superior ao custo do dano, o potencial causador daquele dano certamente não terá incentivo nenhum para adotar medidas de precaução. Por outro lado, se o custo da precaução for inferior, o potencial causador do dano será incentivado a tomar as medidas necessárias para evitar sua ocorrência.⁸⁶¹

A responsabilidade civil, portanto, além de ser instrumento de reparação de danos, possui como objetivos a alocação de riscos, a redução de situações danosas e os custos gerados por ela, bem como, a prevenção do dano eficiente, no caso, ainda mais na medida em que inexistente tutela do ordenamento jurídico para este tipo de ilícito. A responsabilização civil, neste sentido, promoverá um padrão de diligência aos empresários, agentes profissionais, com dever

⁸⁵⁹ LA FETRA, Deborah. Freedom, **Responsibility and Risk**: Fundamental Principles Supporting Tort Reform. *Indiana Law Review*, Vol. 36, 2003. p. 645.

⁸⁶⁰ O risco pode ser compreendido como “a eventualidade de sofrer dano, conexa com circunstâncias mais ou menos previsíveis” e é inerente a toda e qualquer empresa, não importando sua natureza. A previsão do risco não é novidade. Deriva da análise ou do cálculo de um conjunto de dados que constituem as informações necessárias para a projeção ou expectativa de um resultado, que pode se concretizar ou não, já que depende de eventos futuros. Para aferir a álea normal de risco, deve-se ter em vista o grau de informação, o ambiente e o tipo contratual, isto é, as bases e circunstâncias da negociação, o ambiente econômico do momento da celebração e o momento em que ocorre a necessidade de avaliação da alteração das circunstâncias contratuais. ROMANO, Cristiano. **Empresa é risco (Como interpretar a Nova Definição)**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 94, 108.

⁸⁶¹ GONÇALVES, Oksandro. **Análise econômica do direito**. 1 ed. Curitiba: IESDE, 2020. p. 68.

de conduta ativa e proba⁸⁶², que se encontra intrinsecamente relacionado ao interesse social, já que o cuidado e a diligência promoverão tanto o interesse da companhia quanto a função social da empresa.

Já se viu que a finalidade de toda sociedade empresária é a obtenção de lucros e demais benefícios econômicos por meio da realização do seu objeto social. Esse é um dos aspectos primordiais do interesse social, ao qual os gestores continuam vinculados. Contudo, a função social da empresa determina que, nessa busca, terão que sopesar todos os demais interesses envolvidos na atividade empresarial, para o fim de atendê-los e protegê-los adequadamente, não lhes causando danos injustificáveis ou desproporcionais. [...].⁸⁶³

Assim, justifica-se a utilização de ações privadas para compensação (reparação) ou dissuasão (prevenção) dos danos concorrenciais, pois o sistema indenizatório vigente impõe custos ao infrator inibindo práticas desta natureza e, também, restauram os que foram lesados ao seu *status quo ante*.⁸⁶⁴

4.1.4 Elementos do nexa causal entre o ilícito e o dano: Relação de concorrência (geográfica e material) e existência de clientela (real ou potencial)

Partindo da norma inserta no art. 209 da LPI que permite ao concorrente prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de concorrência desleal - não previstos especificamente na lei mas, ainda assim -, tendentes a prejudicar os negócios alheios, para sua perfectibilização, é necessário recorrer aos ditames da

⁸⁶² “[a] a função econômica do negócio no direito comercial assume importância, porque permite a objetivação do comportamento do comerciante no mercado e, com isso, a possibilidade de seu cálculo pelo outro; a atenção à causa do negócio transforma-se em fator ligado à proteção da legítima expectativa da outra parte, da chamada boa-fé objetiva e, como quer ROPPO, à “gestão de uma economia capitalista” ou às “regras de bom funcionamento do mercado; [b] a racionalidade econômica do empresário sempre foi considerada pelo direito comercial e pela jurisprudência; evita-se a tomada de decisões judiciais que fujam da racionalidade própria do agente, rebatida na boa-fé e na proteção da legítima expectativa; a previsão do standard do agente “ativo e proba” nada mais significa senão a assunção de uma racionalidade própria aos empresários [socialmente tópica], depurada pelo direito como mínimo padrão interpretativo; [c] a proteção da eficiência das decisões empresariais é outra fonte na qual há muito se fartam os intérpretes autênticos e o ordenamento jurídico brasileiro; a imposição de decisões que comprometam a segurança e a previsibilidade do mercado sempre causou preocupação, da mesma forma como as decisões que colocam em xeque a lógica do sistema. FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 247-248.

⁸⁶³ FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 351-352.

⁸⁶⁴ HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitruste law – the law of competition and its practice**. 2nd ed., St. Paul – Minnesota: West Group, 1999. p. 645. Obs.: A visão do autor se dá na reparação do ilícito antitruste público, no entanto, a mesma dinâmica pode ser aplicada ao ilícito concorrencial privado.

responsabilidade civil, cuja fusão dos artigos 186, 187 do CC com o caput e do artigo 927 do CC se extrai o dever indenizar a partir de um ato ilícito (nas bases acima expostas).⁸⁶⁵

Destes dispositivos se identificam quatro elementos essenciais para caracterização da responsabilidade civil no direito brasileiro: (i) a prática de um ato ilícito por ação ou omissão; (ii) a culpa do agente (em sentido amplo, incluindo a negligência, imprudência e o dolo); (iii) o dano à outrem; e (iv) a existência de nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso. Os dois primeiros pressupostos da responsabilidade civil que ensejam o dever de indenizar (art. 927 CC), residem na matéria de concorrência desleal na redução de custos de transação na gestão empresarial por meio da violação sistemática de direitos humanos na cadeia de fornecimento. Frise-se, independentemente de a conduta ser sistemática ou pontual, o que se torna relevante ao mercado concorrencial é o impacto deste ato ilícito na redução de custos do produto e obtenção de vantagem competitiva de forma ilícita, punindo-se a ‘desorganização organizada’ que utiliza da violação de normas sociais como vantagem competitiva.

Assim, a conduta (ativa ou omissiva) se torna um ato ilícito em razão da potencialidade lesiva aos concorrentes, pois encontra-se contrária aos limites objetivos do ordenamento jurídico (art. 186, 187 do CC c/c 209 da LPI), excedendo os limites impostos pelo fim econômico ou social da norma jurídica, da boa-fé e/ou dos bons costumes (art. 186 e 187 do CC) – leia-se, lealdade empresarial nos atos comerciais. Sob esta perspectiva tem-se caracterizado o pressuposto de um ato de concorrência desleal por violação de direitos humanos na cadeia produtiva.

Considerando que a concorrência sobre bases ilícitas se relaciona com a figura do abuso de direito, sua demonstração prescinde de culpa do agente infrator, fundamentando-se a responsabilidade civil somente no seu critério objetivo-finalístico. Em sentido semelhante, pode-se aferir mesmo raciocínio do art. 36 da Lei 12.529/2011, que também despreza o conceito de culpa para caracterizar a infração da ordem econômica, presumindo que a conduta abusiva praticada pelo agente dominante venha sempre fortalecer seu próprio interesse econômico e

⁸⁶⁵ “Ressalva-se ao prejudicado o direito de ressarcimento por prejuízos causados em virtude de atos não capitulados, mas que caracterizem concorrência desleal e que firam a reputação ou os negócios alheios, ou criem confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre produtos e serviços postos no comércio (CPI, art. 209, caput), obedecendo a respectiva dedução aos postulados básicos da teoria do ato ilícito (CC art. 186).” BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e prática da concorrência desleal**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. P. 51.

garantir a supremacia de suas posições em prejuízo do mercado concorrencial.⁸⁶⁶ Assim, independentemente da magnitude da infração, o abuso de direitos pelo agente, consciente ou não, pode se traduzir em vantagem concorrencial ilícita o que é rechaçado pelo ordenamento.

Outrossim, para que se configure a responsabilidade civil, não basta a prática de um ato ilícito causador de dano. É necessário que haja relação de causa e efeito entre o ato e o resultado danoso, ou seja, a presença do nexo causal. Assim, torna-se necessário analisar ‘se’ e ‘como’ o referido ato ilícito se relaciona com o concorrente supostamente lesado a ponto de a conduta ilícita (violação de direitos humanos na cadeia produtiva) possuir nexo causal (desvio ilícito de clientela) ser capaz de ensejar a caracterização de um dano indenizável.⁸⁶⁷⁸⁶⁸

Diante disso, com o desprestígio impressionante do papel da culpa, inapta a servir de critério seguro ao julgador na determinação do dever de reparar, em todos os casos assume extraordinária importância o estudo do nexo de causalidade. Na medida em que a demonstração da ocorrência da atividade danosa, do dano e do nexo de causalidade parecem suficientes para a deflagração do dever de reparar – fenômeno que resulta em notória expansão de danos ressarcíveis –, a identificação da causalidade torna-se o cerne da reflexão.

No campo da responsabilidade civil, o nexo causal cumpre uma dupla função: por um lado, permite determinar a quem se deve atribuir o resultado danoso; por outro, é

⁸⁶⁶ BUCHAIN, Luiz Carlos. **O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial**. Porto Alegre: Nova Prova, 2006. P. 85.

⁸⁶⁷ Registre-se que esta tese não tem por escopo analisar o critério de responsabilidade civil objetiva ou subjetiva, mas, sim estabelecer a violação de direitos humanos como ato de concorrência desleal. Com relação ao dano ser elemento essencial do dever de indenizar, nada obstante, registra-se a opinião que segue. No entanto, ao sentir deste autor, acredita-se que esta aplicação tenha relação atos específicos de concorrência desleal (diferente de concorrência sobre bases ilícitas), vale o registro: “O Cód. da Propriedade Industrial, no art. 178, parágrafo único, dispõe, por sua vez, que ‘fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por outros atos de concorrência desleal não previstos neste artigo, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios ou a criar confusão entre os estabelecimentos comerciais ou industriais ou entre os produtos e artigos postos no comércio.’ Em face dessa disposição e do art. 159, I, do Código Civil [186, 187 e 927], parece que a ação não poderá vingar, sem que o autor prove os prejuízos sofridos e demonstre o nexo de causalidade entre eles e os atos incriminados. Assim porém não entendemos. Provado que se trata de atos de concorrência desleal suscetíveis de causar prejuízos, deve a ação ser julgada procedente. [...]. Não se concebe, realmente, que provada a existência do ato ilícito, o réu se livre de condenação, alegando que os seus atos não causaram prejuízo, ou que o autor não conseguiu prova-los, ou, ainda que o dano eventual não é ressarcível. Aliás, deve-se observar que, no caso, não se cogita do ressarcimento de danos eventuais, os quais, entretanto, constituem base suficiente para a ação. Por outro lado, o fundamento da responsabilidade civil por atos ilícitos não se encontra no dano causado, mas no dolo ou culpa do agente, tanto que a simples violação do direito alheio, independentemente do prejuízo, é bastante para acarretá-la. [...] pode-se, sustentar que os atos de concorrência desleal violam o direito do concorrente de não ser molestado nas suas relações com a clientela pelas manobras desleais de um competidor inescrupuloso, dispensando-se, assim, a prova do prejuízo.” CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Volume II. 3. Ed. 2ª tiragem. Atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. P. 290-291.

⁸⁶⁸ Acerca da responsabilidade civil independente de dano, convém observar que “não existe qualquer forma de Responsabilidade civil que não seja precedida por um evento danoso [...] a ‘mera’ ilicitude conduz a sanções próprias da seara de outros ramos do direito”. CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta**. São Paulo: Atlas, 2015. P. 3.

indispensável na verificação da extensão do dano a se indenizar, pois serve como medida da indenização. É, portanto, o nexos causal que determina até onde vai a responsabilidade do autor do dano, e não a culpa.⁸⁶⁹

Referente ao nexos de causalidade, o código civil brasileiro adotou a teoria da causalidade direta ou imediata, o que se extrai do art. 403 do CC/2002⁸⁷⁰, que exige a causalidade necessária entre a causa e o efeito danoso para o estabelecimento da responsabilidade civil, de onde as perdas e danos só podem incluir os prejuízos - efetivos e os lucros cessantes - por efeito dela, de maneira direta e imediata.⁸⁷¹

No caso da concorrência exercida sobre bases ilícitas, de acordo com os pressupostos dispostos acima, torna-se necessário correlacionar a queda na expectativa de lucro com a intervenção desleal do concorrente, o que pode ser feito através da avaliação da idoneidade da conduta para gerar o desvio de clientela, sem desconsiderar outros fatores que possam interferir no resultado obtido pelas empresas no desenvolvimento de suas atividades, ou seja, cumprirá ao concorrente lesado demonstrar que o resultado é uma (das) causa(s) que levaram ao resultado danoso.⁸⁷²

Estabelecer a relação entre a causa e o dano, portanto, parece ser extremamente difícil e tornar inviável a pretensão jurídica do concorrente lesado. Diante disto, existem duas soluções possíveis pelo ordenamento jurídico:

1) Processualmente, o art. 373, §1º do CPC 2015, autoriza ao juiz, diante das peculiaridades do caso concreto que estejam relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório ou à maior facilidade de obtenção de prova do fato contrário, atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Nestes casos, o juiz pode dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído pelo concorrente lesado em situação de vulnerabilidade (relativamente à dificuldade

⁸⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil**. v. 4 responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense 2020. p. 81-82.

⁸⁷⁰ “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

⁸⁷¹ Por todos: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – volume 4: responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 148.

⁸⁷² FRANCA, Bárbara Gomes Navas da; SCAFF, Fernando Facury. **A tutela civil do concorrente: a responsabilidade civil e suas consequências**. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 124.

de obtenção da prova – não se afastando o mínimo dever de indicar indícios suficientes e verossimilhança das alegações e probabilidade do direito pretendido).⁸⁷³

2) A inversão dinâmica da prova soma-se ao recurso das presunções de causalidade, que podem ser legais ou judiciais, fundadas em regras de observação, com base em indícios e presunções⁸⁷⁴, admissível pelo direito civil e também antitruste, sob pena de reduzir severamente a sua aplicação, diante da complexidade da análise e da limitação das informações disponíveis, dado que as práticas empresariais podem assumir múltiplas formas, o que tornará difícil provar de maneira inequívoca os fatos investigados e os seus efeitos sobre a livre concorrência.⁸⁷⁵

Adverte Ana Frazão que, “ainda que os métodos econômicos permitissem chegar a um exímio grau de segurança, os custos e a complexidade do processo decisório tornariam não recomendável a adoção dessa metodologia pela autoridade antitruste” – quiçá do controle dos concorrentes, que dispõem de menos recursos investigativos e da maximização da escolha racional-, “diante não apenas da necessidade de rapidez e eficiência para assegurar o *enforcement* de suas decisões, mas também da escassez dos recursos disponíveis.”⁸⁷⁶

Ao se recorrer às presunções, abrandam-se o grau de exigência probatória no nexo de causalidade, passando de um juízo de probabilidade para o de verossimilhança, adotando, por exemplo, o método de probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal das atividades da vítima agregadas às vicissitudes sociais e econômicas artificiais impostas pelo concorrente infrator. Assim, a quantificação do prejuízo poder-se-ia realizar mediante comparação de preços em períodos anteriores e posteriores, a comparação com preços vigentes em outros mercados, a comparação das taxas de lucratividade, dentre outros.⁸⁷⁷ Nada obstante, qualquer que seja o método adotado, o cálculo do sobrepreço obtido por ato ilícito

⁸⁷³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 440.

⁸⁷⁴ O que parece, então, à Corte alemã um procedimento correto, pois se baseia em dados concretos de mercados existentes. Com isso não se exige uma certa rigora na quantificação do dano, mas antes uma consideração aproximada e em média (*Durchschnittsbetrachtung*), pois, do contrário – e aí a base da presunção -, o atendimento a uma pretensão de indenização ficaria impossível.” FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira*. in **Revista de Defesa da Concorrência**. n. 2, novembro de 2013. p. 26-27.

⁸⁷⁵ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 295.

⁸⁷⁶ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 295.

⁸⁷⁷ BUCHAIN, Luiz Carlos. **O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial**. Porto Alegre: Nova Prova, 2006. p. 177-181.

deve atender a critérios objetivos, com sólida demonstração da razoabilidade das premissas adotadas.

Como forma de delimitar um critério objetivo, pode-se encontrar solução na prática do preço predatório⁸⁷⁸, tipo de conduta semelhante à conduta desleal aqui estudada (concorrência sobre bases ilícitas), cuja caracterização deve levar em consideração os movimentos de custos, expansão da oferta e diminuição de preços no contexto da estratégia da empresa, a fim de revelarem em que medida se destinam à predação. Deve-se advertir, conforme Ana Frazão, que a recuperação direta do prejuízo não é um requisito absolutamente indispensável para a configuração da infração e, ainda, que os danos à concorrência (e, no caso, ao concorrente) podem se concretizar pela simples eliminação do concorrente de forma abusiva, com práticas ilícitas, independente da posterior recuperação dos prejuízos tidos com a conduta predatória. Tudo circunda, justamente, se os preços foram obtidos e praticados com ausência de um propósito empresarial legítimo e no contexto de uma estratégia que apenas se justificaria a partir da expectativa de excluir concorrentes e daí obter os benefícios decorrentes.⁸⁷⁹

Esses indícios estruturais e comportamentais, somados, servem para criar a presunção de que o comportamento é predatório. [...] sendo o preço inferior ao custo variável médio, exatamente por ser direta a relação com a (possibilidade de) eliminação do concorrente, a ilegalidade da conduta estará em princípio configurada. Caberá, então, à empresa acusada demonstrar que inexistente risco de eliminação do concorrente, porque os preços são temporários ou promocionais. [frise-se, a concorrência desleal impõe, no mesmo sentido, que a conduta ilícita – abuso de direitos humanos – seja estratégia para redução de custos]. Note-se que, tratando-se de preços inferiores aos custos variáveis médios, estas são, na prática, as únicas defesas possíveis. É extremamente difícil, com base em requisitos estruturais, demonstrar que a eliminação do concorrente é impossível. [...] Ora, não sendo promocionais os preços praticados, o fato de sistuarem abaixo do custo variável médio representa, por si só, uma barreira à entrada, exatamente porque não podem ser recuperados com a saída. A diferença entre o preço e os custos (por hipótese negativa) em qualquer concorrente terá de incorrer pelo simples fato de entrar no mercado é um custo irrecuperável (entendendo-se como custos irrecuperáveis todo aquele desembolso – seja investimento ou despesa – que não pode ser recebido de volta no momento da saída do mercado). Configura-

⁸⁷⁸ A Resolução 20/99 define preço predatório como a “prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar a concorrência para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolístico”. Assim, a semelhança da concorrência sobre bases ilícitas se encontra na estratégia do concorrente em violar direitos de terceiros para reduzir os custos produtivos e, assim, auferir vantagem competitiva. Outrossim, cumpre assinalar ser desnecessária a recuperação direta dos custos e portanto não compõe um dos requisitos para configuração do objeto predatório. “Para configuração desse objetivo muito mais importante é a verificação da possibilidade efetiva da eliminação da concorrência. Isto, sim, é um indício da possibilidade e, segundo a teoria aqui defendida, consequência do objetivo estratégico de predação. [...] Diferentemente da tese neoclássica, portanto, eliminação da concorrência e não recuperação de perdas são os efeitos potenciais a serem verificados”. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 372; 373.

⁸⁷⁹ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 477-478

se um prejuízo que não pode ser recuperado na saída. [...]. Caso o preço seja inferior ao custo variável médio, esse prejuízo é bastante expressivo, sobretudo se a indústria requer uma grande escala para se tornar minimamente competitiva. Nessa hipótese ele [custo reduzido por ilícito do infrator] passa a constituir, por si só, uma importante barreira à entrada.⁸⁸⁰

Ante aos pressupostos acima, no caso da concorrência sobre bases ilícitas, sugere-se objetivamente a sua verificação em dois estágios: 1) descumprimento reiterado de normas sociais, configurando o abuso de direitos sociais como *modus operandi* para redução de custos econômicos; 2) estipulação do preço abaixo do custo variável médio. No primeiro estágio, será necessário estabelecer se existem outros competidores e um mercado efetivamente competitivo (avaliado pelos preços praticados) ou se a empresa infratora detém a posição dominante; No segundo estágio, se verificará se o preço efetivamente ficou abaixo do custo variável médio, independentemente da participação artificial da redução de custos mediante abuso de direitos, assim, a diferença entre o preço do custo vs. valor de venda representará o prejuízo efetivo a ser indenizado aos concorrentes lesados naquele mercado.

Além disto, também é necessário aferir que o ato ilícito praticado pelo concorrente infrator somente terá capacidade de atingir o concorrente lesado se existir uma relação de concorrência, consistente na “possibilidade de competitividade entre os fornecedores de um mesmo bem ou serviço, com o objetivo de trazer para si o maior número de consumidores (clientes)”.⁸⁸¹

Trata-se, portanto, de analisar a noção de mercado relevante⁸⁸², (*vide* capítulo 3.2) enquanto ambiente em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado, pois a restrição à concorrência como um dos elementos à caracterização do ilícito, determina a indicação de qual concorrência está se tratando. A delimitação do mercado é essencial para que se proceda à análise de efeitos

⁸⁸⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 374-375.

⁸⁸¹ ALMEIDA, Marcus Elidui Michelli de. **Abuso do Direito e Concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 139.

⁸⁸² “[...]. Assim, a Corte Suprema alemã (BGH) aceita e fala, com esse objetivo de **Vergleichsmarktkonzept** (conceito de mercado comparativo), ou seja, para avaliar o dano ocorrido em um mercado relevante concorrencialmente falseado é preciso recorrer, se possível, à comparação com mercados relevantes sob o regime da livre concorrência. O que parece, então, à Corte alemã um procedimento correto, pois se baseia em dados concretos de mercados existentes. Com isso não se exige uma certa rigors na quantificação do dano, mas antes uma consideração aproximada e em média (Durchschnittsbetrachtung), pois, do contrário – e aí a base da presunção -, o atendimento a uma pretensão de indenização ficaria impossível.” FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira**. In: **Revista de Defesa da Concorrência**. n. 2, novembro de 2013. p. 26-27.

competitivos, realizada por pressupostos metodológicos que fornecem indicativos, sem existir uma fórmula matemática específica. Basicamente, se o recorte do mercado relevante implica, necessariamente a percepção de mercado no qual atua o agente econômico, este é o mercado em que concorre, devendo se identificar as relações de concorrência à que se submete o agente.⁸⁸³

A conceituação de mercado relevante, cujo objetivo é definir o espaço geográfico e material onde se estabelece a concorrência, reúne empresas cuja produção tenha um efeito imediato e substancial no comportamento de diversos agentes econômicos desse mercado, notadamente no que se refere a preços e produção. Assim, o mercado relevante é o palco onde as relações concorrenciais são travadas e o local de atuação do agente econômico, cuja conduta, ainda que potencial, é analisada.⁸⁸⁴

Importante salientar, outrossim, que a implicação do abuso de poder de mercado/posição dominante possui contornos diferenciados quando se trata da infração concorrencial de natureza pública e quando se trata de infração à concorrência desleal (privada), bens jurídicos que tutelam a concorrência em níveis diferentes, portanto, a dimensão deve ser compreendida de forma mais direta possível, apenas e tão somente para estabelecer se os competidores se encontram submetidos concorrencialmente ao mesmo mercado geográfico concorrente e ao mercado relevante material (de produtos ou serviços).

Isto esclarecido, deve-se conceber estes dois aspectos complementares e indissociáveis, o mercado relevante geográfico e o mercado relevante material. O mercado relevante geográfico é a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva, depende da localização do agente econômico e, também, da natureza do produto e da conduta que está sendo analisada. Identifica-se com o espaço físico onde se desenvolvem as relações de concorrência que são consideradas, podendo ser compreendido com a área na qual o agente econômico é capaz de aumentar os preços (no caso, trata-se de diminuir de forma ilícita para eliminação da concorrência ou obtenção de vantagens competitivas ilícitas, dinâmica muito semelhante à preço predatório), imputando prejuízos financeiros aos concorrentes, com potencialidade de eliminá-los do mercado. Além disto, o mercado concorrencial dos agentes deve ter características similares, onde a disputa seja

⁸⁸³ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 221-222.

⁸⁸⁴ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 325.

relativamente uniforme para autorizar a conclusão da existência de um mercado relevante geográfico único, podendo se identificar alguns aspectos importantes a serem considerados:⁸⁸⁵

Uma vez compreendido o conceito de mercado relevante geográfico, cumpre verificar a fim de estabelecer uma precisa análise concorrência e a existência de um mercado geográfico único se: (i) o consumidor estaria disposto a deixar o local onde está situado para adquirir o produto ou utilizar o serviço em outra área, às vezes distante de onde se encontra; (ii) os custos dos transportes deixariam os produtos ou serviços locais em condição de independência e indiferença em relação aos ofertados por agentes econômicos de outras áreas; (iii) as características do produto ou serviço, como, por exemplo, durabilidade e resistência ao transporte, permitiriam a comercialização em áreas relativamente distantes de sua origem; (iv) os incentivos governamentais representariam impeditivos ao ingresso de novos agentes econômicos no mercado; e (v) a existência de barreiras à entrada, como impostos de importação ou o elevado custo para constituir uma rede de distribuição, demonstraria se o mercado é impermeável ao ingresso de novos competidores.

As barreiras à entrada, conceito de grande importância para análise do exercício de poder no mercado de um agente econômico, diz respeito à possível obtenção pelo agente de lucros de monopolista sem que novos competidores vislumbrem sua entrada nesse mercado, apesar de atraídos por tais lucros.

O desestímulo ao ingresso dos novos entrantes se daria pelas barreiras à entrada, fatores existentes num mercado que colocam um potencial concorrente em desvantagem em relação aos agentes econômicos já estabelecidos, dentre os quais se podem citar: (i) custos fixos elevados, que independem da quantidade produzida; (ii) custos irrecuperáveis ou afundados (sunk costs), aqueles que a empresa não consegue reaver caso saia do mercado, tais como especificidade de maquinário e investimentos em publicidade; (iii) barreiras legais ou regulatórias, requisitos estabelecidos pelo governo ou por agências reguladoras para a instalação e funcionamento de uma empresa; (iv) recursos de propriedade das empresas instaladas, a vantagem exclusiva das empresas à propriedade, acesso exclusivo ou o acesso condicionado a determinado insumo de produção; (v) economias de escala ou de escopo, sendo as economias de escala as reduções nos custos médios decorridos da expansão da quantidade produzida em razão dos preços dos insumos, e as economias de escopo as reduções nos custos médios decorridos da produção conjunta de bens distintos em razão dos preços dos insumos; (vi) grau de integração da cadeia produtiva, que pode aumentar os custos irrecuperáveis das potenciais entrantes ou exigir entrada em dois mercados ao mesmo tempo, por exemplo, fabricar e distribuir cervejas; (vii) fidelidade dos consumidores às marcas, comum em mercados onde existe maior diferenciação do produto e a fidelidade está relacionada a investimentos em publicidade que podem resultar em custos irrecuperáveis; e (viii) ameaça da reação dos competidores instalados, a adoção de estratégias agressivas das empresas estabelecidas para aumentar sua participação de mercado, tais como utilizando sua capacidade ociosa para aumentar a quantidade de produtos ofertados no mercado.⁸⁸⁶⁸⁸⁷

⁸⁸⁵ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 221-225.

⁸⁸⁶ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 330-331.

⁸⁸⁷ “(i) hábitos dos consumidores; (ii) incidência dos custos de transporte; (iii) características do produto; (iv) incentivos de autoridades locais; (v) existência de barreiras de entrada de novos agentes econômicos no mercado; (vi) taxa de câmbio.” FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 226-227.

O mercado relevante material (de produtos ou serviços) é aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerado o bem ou serviço que oferece.⁸⁸⁸ Sua delimitação parte da identificação das relações de concorrência, compreendendo todos os produtos e serviços considerados pelos consumidores substituíveis entre si, em razão das suas características, preços e utilização. Primeiramente, se atenta à necessidade do consumidor satisfeita pelo produto ou serviço para verificar se ele está normalmente disposto a substituí-lo por outro. Se a resposta for afirmativa, ambos farão parte do mesmo mercado relevante material. Desta maneira, a fungibilidade dos produtos para o consumidor faz com que se tornem integrantes de mercado relevante materialmente idêntico.⁸⁸⁹

Para verificar a substituíbilidade, o Cade examina a possibilidade de os consumidores desviarem sua demanda para outros produtos, considerando fatores como: (i) perfis dos clientes, tais como renda, idade, sexo, educação, profissão, localização e mobilidade; (ii) dimensionamento do mercado desses clientes, com relação à quantidade ou faturamento; (iii) natureza e características dos produtos/serviços; (iv) importância dos preços dos produtos/serviços; (v) importância da qualidade dos produtos/serviços; (vi) importância da marca, do crédito, de prazos de pagamento, de forma e momentos de consumo; (vii) evidências de alteração do padrão de compra dos consumidores no passado, resposta a aumento de preços ou termos de comercialização; (viii) informações de pesquisas realizadas com consumidores e concorrentes; (ix) documentos das empresas em relação a como elas compreendem o grau de substituição dos produtos; e (x) evidências de discriminação de preços entre consumidores, entre localidades e entre marcas.⁸⁹⁰

Nada obstante, deve-se registrar que a operação de delimitação do mercado relevante envolve as relações de concorrência de que participa o agente econômico cuja prática está sendo analisada. A identificação, portanto, é instrumental para que se possa aplicar a lei (seja para aferição das condições antitruste ou da concorrência desleal), sendo construído a partir de cada

⁸⁸⁸ Segundo a Resolução 15 do CADE, de 1998, “mercado relevante do produto compreende todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Um mercado relevante do produto pode eventualmente ser composto por um certo número de produtos/serviços que apresentem características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendam o agrupamento.”

⁸⁸⁹ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 227-228.

⁸⁹⁰ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 327-328.

caso concreto, não havendo ilusão de que, em situações reais, existe um mercado relevante pronto para ser descoberto pelo intérprete.⁸⁹¹ Destarte, uma vez demonstrada a existência de relação concorrencial entre os agentes econômicos, ter-se-á caracterizado um dos pressupostos do ato de concorrência desleal, podendo se cogitar o exercício do direito de pleitear indenização pelo desvio de clientela (real ou potencial). Com a definição do mercado relevante, outrossim, é possível que se estabeleça a análise do dano e a quantificação da indenização, a ser conferida ao concorrente lesado mediante ressarcimento dos lucros cessantes, havido pelo lesante (art. 210, II da LPI) ou do lucro que o lesado deixou de perceber (artigo 210, I da LPI).

Conjuntamente à exigência de uma relação de concorrência se encontra a necessidade de haver clientela atual ou potencial, passível de ser desviada, eis que “todo o direcionamento das ações, nesse campo, se volta para a clientela. É a disputa por sua captação que qualifica o ato, pois, como de concorrência desleal, quando buscada por meios abusivos.”⁸⁹² Diante disto, o requisito para que se apure um ilícito de concorrência desleal decorre da existência de nexo causal entre o ato ilícito e o dano (ainda que potencial), devendo haver relação concorrencial entre as partes com a presença da competição por clientela (atual ou potencial).

⁸⁹¹ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. pp. 238; 244-245.

⁸⁹² BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e prática da concorrência desleal**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 48.

4.1.5 A função da tutela inibitória (responsabilidade civil sem dano)⁸⁹³: sanção reputacional

Com relação à potencialidade lesiva do ato, a sua configuração não exige a concretização do dano, bastando a possibilidade ou o perigo de sua superveniência, de modo que a ação terá por objetivo, principalmente, a cessação dos atos definidos como repreensíveis, reparando-se os prejuízos consequentes.⁸⁹⁴ Ainda no que tange à potencialidade danosa, cumpre observar que esta remanesce como suficiente para qualificar o ato como desleal e permitir a tutela preventiva consubstanciada em medidas inibitórias, todavia, apenas a potencialidade lesiva será insuficiente para que decorra o dever de indenizar, haja vista que este se perfectibiliza com a concretização de um dano.⁸⁹⁵

Desta maneira, a tutela inibitória prescinde ao dano do lesado, por culpa ou dolo do infrator, podendo ser executada quando o próprio ilícito estiver em fase potencialmente lesiva, havendo mera presença do “perigo da prática”, o que autoriza a inibição da conduta ilícita.⁸⁹⁶ Nesta circunstância inibitória, o que caracteriza o ilícito vem a ser justamente a probabilidade do dano e não o ato danoso em si, conforme dispõe o art. 497 do Código de Processo Civil.

⁸⁹³ “A responsabilidade civil é apenas uma parte visível do ilícito. Como em um iceberg, existe uma porção muito mais ampla da ilicitude civil que se encontra submersa. Infelizmente, igualmente submersa se manteve nos estudos jurídicos. Já em 1966, Giorgio Cian acusava a doutrina italiana de apenas se preocupar em estabelecer quais seriam as fattispecie geradoras de responsabilidade, em vez de estudar o ilícito como noção geral e autônoma. A ideia de ilícito jurídico, em sua acepção comum, refere-se a qualquer fato que constitui transgressão a uma norma, tornando-se objeto de reprovação e, correlativamente, de uma reação adequada. [...] As situações em que o ato ilícito acarreta a perda e uma situação jurídica para o ofensor são variadas. [...] O ato ilícito não é mera ocorrência de danos, mas um fato humano lesivo a interesses tutelados. Uma coisa é a relevância jurídica do fato como ilícito, outra, a injustiça do dano, que se coloca no plano da eficácia do ato ilícito, isto é, sob o plano de consequências que a norma remete a este e que se exprimem no juízo de responsabilidade. O ilícito se insere no plano da antijuridicidade, pois consiste pela sua natureza em um ato humano contrário ao direito. Portanto, a ilicitude de um comportamento é suscetível de ser inibida considerando que os interesses juridicamente tutelados são protegidos enquanto suscetíveis de serem lesivos a comportamentos alheios. [...] É interessante, portanto, sob o prisma teórico, mostrar que não existe uma relação necessária entre os ilícitos civis e o dever de indenizar. Parece-nos inadeguada leitura tradicional, que vincula, de modo absoluto, aos ilícitos civis uma eficácia monolítica, ofuscando as demais espécies, menos frequentes, por certo, mas nem por isso inexistentes”. ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil**: a reparação e a pena civil. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 320-326.”

⁸⁹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e prática da concorrência desleal**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 48.

⁸⁹⁵ FRANCA, Bárbara Gomes Navas da; SCAFF, Fernando Facury. **A tutela civil do concorrente: a responsabilidade civil e suas consequências**. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 91.

⁸⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela contra o ilícito (art. 497, parágrafo único, do CPC/2015). **Revista de Processo**. vol. 245. São Paulo: ed. RT, jul. 2015.

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Luiz Guilherme Marinoni justifica a utilização do expediente inibitório exatamente para promoção e proteção de direitos fundamentais, onde a função das normas de proteção facilita ainda mais a distinção entre ato contrário ao direito e dano para efeito de tutela jurisdicional adequada. Desta maneira, ao assumir novas preocupações sociais, como aquelas percorridas na presente tese, surgem normas que, objetivando tutelar estas situações de direito substancial, passam a impor condutas positivas e negativas. Desta forma, para a efetiva proteção desses direitos e a realização das normas que lhe objetivam, é indispensável a tutela contra o ato contrário ao direito, ou seja, a tutela da norma, vista como tutela jurisdicional destinada a inibir a violação da norma ou a remover os efeitos concretos derivados da sua violação. Se o ordenamento jurídico deve proteger determinados bens mediante a imposição de certas condutas, e por esta razão são editadas normas de direito material, é necessário que o processo civil seja estruturado de modo a autuá-las. Diante disto, tem-se a possibilidade de se requerer uma tutela independentemente da existência de dano ter relação com o próprio conceito de norma jurídica, uma vez que se a única sanção contra o ilícito fosse a obrigação de ressarcir, a própria razão de ser da norma estaria comprometida.⁸⁹⁷ No mesmo sentido:

A responsabilidade civil sem dano resulta da imputação legal de deveres de abstenção, para prevenção de danos, ou em virtude de determinadas posições jurídicas assumidas pelo sujeito imputável.

A responsabilidade civil sem dano implica superação de longa tradição que associa a responsabilidade ao dano, como no aforismo francês “pas de responsabilité sans dommage”. Decorre de crescente imputação de deveres jurídicos a todos de fazer ou de não fazer, antes que o dano se produza.

O direito tem evoluído no sentido da imputabilidade da responsabilidade sem dano, para além da ilicitude. O campo preferencial da responsabilidade sem dano é o da prevenção, de modo a que o dano não venha a ocorrer e se ocorrer que tenha menor dimensão.

São exemplos de responsabilidade civil sem dano: a) a responsabilidade civil preventiva, como a responsabilidade intergeracional (prevenção ambiental em favor das futuras gerações – CF, art. 225); b) a responsabilidade pelo abuso do direito (CC, art. 187); c) a responsabilidade pela dívida já paga ou dívida não vencida (CC, arts. 939 e 940); d) a responsabilidade pela recuperação do meio ambiente após o desenvolvimento da atividade lícita de exploração de recursos minerais (CF, art. 225, § 2o); e) a responsabilidade preventiva do fornecedor quando pretender utilizar

⁸⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela contra o ilícito (art. 497, parágrafo único, do CPC/2015). **Revista de Processo**. vol. 245. São Paulo: ed. RT, jul. 2015.

condições gerais dos contratos; f) a responsabilidade para se evitar o dano ao patrimônio histórico; g) a responsabilidade pela invalidade do ato ainda que não tenha ocorrido dano; h) a responsabilidade por omissão (obrigação de não fazer), para evitar dano a direito da personalidade (p. ex., publicação ofensiva); i) a responsabilidade do provedor de informação para retirar o conteúdo ofensivo veiculado por outrem (Marco Civil da Internet).⁸⁹⁸

Desta forma, a tutela de remoção do ilícito (potencialmente lesivo à esfera jurídica de um terceiro) objetiva remover ou eliminar a causa do eventual dano. A tutela pressupõe apenas a transgressão de um comando jurídico, pouco importando se o interesse privado tutelado pela norma foi efetivamente lesado ou se ocorreu um dano. A sua realização se dá mediante a imposição de obrigações de fazer e não fazer asseguradas por multas cominatórias, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, inclusive com o auxílio de reforço policial, tudo em conformidade com o disposto no art. 536, §1º do Código de Processo Civil.⁸⁹⁹ A tutela inibitória também é reconhecida para supressão do ilícito de natureza concorrencial, conforme dicção do art. 209, §1º da LPI, onde se dispõe que o juiz poderá, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que lhe enseja, antes da citação do réu, mediante, caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória. Assim, constitui-se como sanção idônea à violação ao processo concorrencial e meio para que o concorrente lesado busque prevenir a extensão do seu prejuízo, além disto, também serve como auxiliar à regulação do mecanismo concorrencial pois supre, na sua origem, o dano ao processo concorrencial.⁹⁰⁰

Neste sentido, o concorrente vítima que esteja sofrendo ou esteja na iminência de sofrer danos por atos desleais poderá obter uma liminar para que o infrator se abstenha de praticar o referido ato, exigindo-se apenas a probabilidade de causar danos, sem a efetiva necessidade de comprovação dos prejuízos. No seu pedido, o requerente deve pormenorizar o ato a ser cessado e identificar quais são as repercussões para o mercado concorrencial, devendo a decisão ser suficientemente ampla para interromper a prática abusiva, inclusive, com a imposição de

⁸⁹⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil - volume 2**: obrigações. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 146.

⁸⁹⁹ Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

⁹⁰⁰ FRANCA, Bárbara Gomes Navas da; SCAFF, Fernando Facury. **A tutela civil do concorrente**: a responsabilidade civil e suas consequências. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 103-104.

medidas cautelares (busca e apreensão de produtos, documentos, interdição do estabelecimento, entre quaisquer outras disponíveis para supressão do ilícito de forma adequada, se for o caso, com o auxílio do reforço policial). Ato contínuo à confirmação da tutela inibitória, se constatado efetivamente que a concorrência era exercida sobre bases ilícitas, pode-se pleitear a destruição de produtos, entre outras medidas no mesmo sentido. Nada obstante, deve-se advertir que a propositura de ação sem substratos mínimos, sujeitará o litigante à reparação por dano processual, caso a sentença lhe seja desfavorável, com indenização a ser liquidada nos próprios autos em que a medida tiver sido concedida (se for possível), nos termos do art. 302 do Código de Processo Civil.

Além disto, em que pese esta tutela se constitua em ação de responsabilidade civil sem a presença do dano, pois ainda não constituído ou em estágio inicial, não se pode desconsiderar o impacto do dano reputacional imputado ao concorrente infrator, que tem a sua prática abusiva descoberta pela inibição processual. A reputação se forma como um conceito social, uma identidade corporativa que se constitui de atos que representam a empresa e que tenham potencial para orientar as interações futuras com a comunidade (incluindo os consumidores - atuais ou potenciais -, investidores e empregados). A partir destas interações e dos seus respectivos resultados, identifica-se a capacidade de a empresa criar valor para os stakeholders, tanto no ambiente competitivo quanto institucional.⁹⁰¹

As reputações se estabelecem através de três meios: i) pelas experiências/interações diretas com a empresa; ii) pelos meios comunicação – aquilo que dizem e fazem –, relacionando-se com o marketing, branding, relações públicas; iii) pela fama, ou seja, pelo que os outros dizem. Desta forma, no mercado concorrencial cada vez mais competitivo, é comum que as empresas tornem as marcas suas principais estratégias, devendo levar consigo não apenas a identificação de um produto ou serviço, mas a representação de um conjunto de benefícios promovidos pela empresa, em termos de identidade, notoriedade, reconhecimento, preferência, lealdade, devendo tais benefícios se conectar com a cultura e os valores defendidos e praticados pela empresa para refletir confiança e credibilidade, capaz de reduzir as assimetrias informativas que circundam as opções valorativas.⁹⁰²

⁹⁰¹ FOMBRUM, Charles J.; VAN RIEL, Cees B. M. The reputational landscape. **Corporate reputation review**, vol. 1, n. 2, 1998. p. 10.

⁹⁰² LAMORTE, Gersa Linhares; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Maximização do valor da empresa: impacto normativo, gestão de riscos e reputação**. 2019. 116 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2019. p. 29.

Ao estabelecer valores corporativos, a reputação cria uma expectativa direta no público quanto às preferências e as ações da organização, relacionando-se com a estratégia de conformidade do jogador ou conjunto de estratégias em conexão com seus vários compromissos.⁹⁰³ Sendo vista desta forma, a reputação potencializa a criação de valor empresarial, pois facilita as interações econômicas e reduz os custos de busca àqueles que a ela desejam se vincular, representando até 25% (vinte e cinco por cento) do valor intangível da companhia.⁹⁰⁴ Desta forma, enquanto valor intangível, a reputação permite que os clientes tolerem pagar um maior preço por um produto associado a uma empresa de elevada reputação, acreditando compor o valor do seu produto uma qualidade diferenciada que envolva práticas sustentáveis na cadeia de produção, sendo este um fator influente para que os clientes mantenham ou ampliem os relacionamentos com a empresa, sobretudo naquelas que implementem práticas socialmente responsáveis.⁹⁰⁵

Considerando que “arranhões éticos conquistam pesada exposição negativa, algo capaz de minar reputações e, por conseguinte, o ativo inestimável e indispensável da confiança. E sem confiança associada a uma imagem ela [empresa] se torna candidata automática ao descarte”⁹⁰⁶, a descoberta de abuso de direitos humanos na cadeia produtiva cada vez mais representará perdas econômicas que transcendem a intangibilidade reputacional da “marca” para atingir os resultados econômicos da empresa com reflexos em seu valor de mercado, impactando o interesse de acionistas haja vista a provável redução da sua capacidade lucrativa.⁹⁰⁷

⁹⁰³ GONÇALVES, Oksandro; SILVA, Ricardo Murilo da. Enforcement privado, sanção reputacional e trabalho escravo.” **Revista chilena de derecho del Trabajo y de la seguridad social**. Chile: Vol. 11 Núm. 21, pp. 117-134, Primer Semestre/2020. p. 126.

⁹⁰⁴ “Reputation Capital is a percentage of Intangible Value. While our view is that this percentage varies from industry to industry, for the purpose of this work, we’ll adopt The World Economic Forum’s claim. According to The World Economic Forum, on average more than 25% of a company’s market value is directly attributable to its reputation (World Economic Forum, 2012). In other words, 25% of a company’s intangible value is Reputation Capital.” BONIME-BLANC, Andrea; PONZI, Leonard J. **Understanding Reputation Risk: The Qualitative and Quantitative Imperative**. New York: GEC Risk Advisory, 2016. p. 21.

⁹⁰⁵ GONÇALVES, Oksandro; SILVA, Ricardo Murilo da. Enforcement privado, sanção reputacional e trabalho escravo.” **Revista chilena de derecho del Trabajo y de la seguridad social**. Chile: Vol. 11 Núm. 21, pp. 117-134, Primer Semestre/2020. p. 126-127.

⁹⁰⁶ GONÇALVES, Oksandro; SILVA, Ricardo Murilo da. Enforcement privado, sanção reputacional e trabalho escravo.” **Revista chilena de derecho del Trabajo y de la seguridad social**. Chile: Vol. 11 Núm. 21, pp. 117-134, Primer Semestre/2020. p. 126-127.

⁹⁰⁷ CZINKOTA, Michael; KAUFMANN, Hans Ruediger; BASILE, Gianpaolo. The relationship between legitimacy, reputation, sustainability and branding for companies and their supply chains. **Industrial Marketing Management**, [s.l.], v. 43, n. 1, p. 91-101, jan. 2014.

Desta maneira, uma vez revelado que um concorrente possui diferencial competitivo consistente na exploração abusiva dos direitos humanos, cumprirá aos concorrentes lesados (ou substitutos processuais legítimos, por exemplo, representante dos consumidores, vide capítulo 4.1.6.4 e 3.2.2), tomando conhecimento da respectiva prática, intentar medidas inibitórias para impedir a prática concorrencialmente desleal. Destarte, muito embora não haja configuração do dano direto – em termos concorrenciais –, certamente que o concorrente infrator sofrerá abalo econômico, seja pela necessidade de reestabelecer o *modus operandi* com todos os custos que lhe são peculiares pelo impacto reputacional negativo decorrente da exposição pública inerente ao processo judicial.

4.1.6 O dano e o direito de ser indenizado

Para que o ato ilícito indenizável esteja caracterizado, é necessária a presença de dois elementos: a lesão de direitos e o dano (art. 186 do CC). A reparação do dano efetivo também consta dos arts. 403 e 927 da atual codificação privada e com relação ao que concerne o art. 403 do CC/2002, este dispositivo protege a reparação dos danos diretos, vedada a reparação dos danos hipotéticos ou eventuais.⁹⁰⁸ Tratando-se da responsabilidade civil decorrente da concorrência desleal realizada sobre bases ilícitas⁹⁰⁹, o dano indenizável decorre de uma lesão

⁹⁰⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 440.

⁹⁰⁹ Para a concorrência desleal específica, dado o caráter patrimonial do direito violado, a dinâmica para a responsabilidade civil do agente infrator é diferente, admitindo-se, inclusive, a presunção de dano. Por exemplo: Direito marcário. Ação cominatória, cumulada com pedidos de índole indenizatória. Sentença de parcial procedência, reconhecendo a violação da marca da autora, "LM", e condenando a ré ao pagamento de indenização por danos materiais. Apelação da ré. Demonstração, pela autora, de ser a titular do direito marcário, bem assim de sua violação. Ausência de prova de utilização da expressão "LM" em período anterior ao da autora. Potencial confusão junto aos consumidores, reforçada pela atuação no mesmo segmento de mercado e na mesma região. Danos materiais "in re ipsa", uma vez confirmado o uso parasitário da propriedade industrial da autora: "Os prejuízos causados pelo uso não autorizado de marca alheia prescindem de comprovação, pois se consubstanciam na própria violação do direito do titular, derivando da natureza da conduta perpetrada. A demonstração do dano se confunde com a demonstração da existência do fato, cuja ocorrência é premissa assentada pelo acórdão recorrido." BRASIL. STJ, REsp 1.674.375, NANCY ANDRIGUI). Manutenção da sentença recorrida por seus próprios fundamentos (RITJSP, art. 272). Apelação desprovida. BRASIL. TJSP; Apelação Cível 1032943-37.2016.8.26.0602; Relator (a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Sorocaba - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/09/2018; Data de Registro: 12/09/2018. No mesmo sentido: BRASIL, Apelação Cível 1000061-79.2018.8.26.0431; Relator (a): Hamid Bdine; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Pederneiras - 2ª Vara; Data do Julgamento: 22/02/2019; Data de Registro: 22/02/2019.

ao bem jurídico⁹¹⁰ do concorrente, qual seja, direito à uma concorrência estabelecida sobre bases lícitas, com efetiva liberdade de competição.⁹¹¹ A concepção do dano enquanto lesão a um bem jurídico, *in casu* a concorrência leal, é proposta por Antônio Junqueira de Azevedo que classifica o dano distinguindo, de um lado, o dano-evento (violação a determinado bem jurídico) e, de outro, o chamado dano-prejuízo (prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial resultante da violação).⁹¹²

Apoiando-se no que preceitua a responsabilização por danos decorrentes da infração à ordem econômica, a indenização atribuída à concorrência desleal sobre bases ilícitas se insere classificada como expansão dos danos ressarcíveis, haja vista a tutela concedida pelo ordenamento jurídico a novos objetos de reparação, sobretudo de natureza existencial e coletiva, que passam a ser considerados pelos tribunais como merecedores de tutela.⁹¹³ *Mutatis mutantis*, inexistindo a prova do dano sofrido pela vítima, o ato ilícito de natureza concorrencial permanecerá na esfera exclusiva de competência da Administração Pública, que competirá investigar o ilícito e aplicar as penalidades administrativas previstas em lei, se for o caso.

⁹¹⁰ “No campo do direito, bem jurídico apresenta um conceito que, a rigor, compreende tudo que se diferencia de pessoa. E conceito de bem pode ainda abarcar o vínculo de atribuição ao titular. Bens jurídicos são interesses tutelados postos em relação atributiva, pessoal ou comum, e titular é a pessoa a quem se atribui esse bem. [...]. E, se por um lado na sociedade contemporânea esses novos bens surgem do desenvolvimento humano e econômico, igualmente se faz presente a imperiosa necessidade do reforço da tutela jurídica funcionalizada a eles, sobretudo diante da natureza extrapatrimonial e dos valores intrínseco e econômico que os marcam.” GIRARDI, Viviane; LOPEZ, Teresa Ancona. **A problemática dos lucros ilícitos no sistema legal brasileiro: o lucro da intervenção**. 170 f. Tese (Doutorado) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 145-146.

⁹¹¹ “a verificação do dano ressarcível resulta da constatação de violação à área de atuação legítima de um interesse merecedor de tutela. Tal área de atuação não pode ser delimitada em abstrato, mas exige sua concreta definição crente à conduta lesiva. Quando a conduta lesiva mostra-se, de pronto, antijurídica, a área de atuação do interesse lesado corresponde à sua área integral, cumprindo à vítima apenas demonstrar a efetiva afetação do interesse de que é titular, para que reste configurado o dano ressarcível. Quando a conduta lesiva não é, a princípio, antijurídica, mas autorizada pelo ordenamento em questão, cumpre ao magistrado estabelecer a relação de prevalência entre os dois interesses em conflito, definido, à luz do dado normativo, as fronteiras entre a atuação legítima de cada qual nas circunstâncias do caso concreto. Violada esta relação de prevalência, há dano ressarcível”. SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de peração à diluição dos danos**. 5a ed., São Paulo: Atlas, 2013. p. 189.

⁹¹² “[...] é preciso distinguir entre dano-evento e o dano prejuízo; o primeiro é a lesão a algum bem; o segundo a consequência dessa lesão. Pode haver lesão à integridade física de uma pessoa e as principais consequências não serem de ordem pessoal, e sim patrimonial – por exemplo, se a vítima perdeu, total ou parcialmente, sua capacidade laborativa; ou, inversamente, a lesão pode ser a uma coisa, que está no patrimônio de alguém, e a consequência ser principalmente um prejuízo não patrimonial (dano moral) – por exemplo, se o dono tinha, pela coisa, valor de afeição. O dano-evento é, pois, o dano imediato, enquanto o dano-prejuízo é o dano mediato”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 291.

⁹¹³ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de peração à diluição dos danos**. 5a ed., São Paulo: Atlas, 2013. p. 84-85.

Assim, a partir da prova do ilícito e do efetivo prejuízo sofrido pela vítima, como consequência da conduta do agente se perfectibilizará a possibilidade de requerer judicialmente a cessação da prática cumulada com perdas e danos.⁹¹⁴ Para o pagamento de uma indenização ao concorrente lesado, além da prova de culpa ou dolo no abuso de direitos humanos para ganhos competitivos (por ato próprio ou de terceiros sob sua responsabilidade na cadeia de fornecimento) - o que se permite realizar/provar mediante a inversão dinâmica do ônus da prova e/ou por meio de presunções da ocorrência do ato ilícito que decorre do desvio de clientela ou do exercício abusivo da liberdade de concorrência -, é necessário que o concorrente lesado comprove o dano injustamente suportado, podendo originar tanto danos patrimoniais (dano emergente ou lucros cessantes⁹¹⁵) ou extrapatrimoniais (danos à reputação, sem imediata correspondência patrimonial direta).

4.1.6.1 Danos patrimoniais impostos ao concorrente lesado

Nada obstante a possibilidade de o ato ilícito ‘sem dano’ ensejar causa para uma tutela inibitória, especial atenção deve ser concedida à efetiva ocorrência do dano para os atos de concorrência realizados sobre bases ilícitas, de modo que se verifique corretamente a existência de um prejuízo a ser reparado ao concorrente lesado, sob pena da condenação indenizatória representar um falseamento do livre mercado, como se a responsabilização civil servisse de locupletamento ao concorrente ‘não’ lesado, seguindo na esteira do que impõe o art. 209 da LPI quando estabelece que ao ‘lesado’ permite-se o direito de intentar ações civis pertinentes, ou seja, se há um lesado deve haver um prejuízo – desvio de clientela - (ainda que potencial) e que tal deve ser minimamente comprovado.⁹¹⁶ Este requisito é reconhecido como condição da

⁹¹⁴ BUCHAIN, Luiz Carlos. **O poder econômico e a responsabilidade civil concorrente**. Porto Alegre: Nova Prova Editora, 2006. p. 140.

⁹¹⁵ “Primeiramente, há os danos emergentes ou danos positivos, constituídos pela efetiva diminuição do patrimônio da vítima, ou seja, um dano pretérito suportado pelo prejudicado – o que efetivamente se perdeu. [...]. Seguindo nas ilustrações, quando uma empresa perde receita, também estão presentes os lucros cessantes ou danos negativos. Em casos tais, deve-se fazer um cálculo estimado – via perícia contábil – de quais foram os danos suportados pela pessoa jurídica. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 443.

⁹¹⁶ FRANCA, Bárbara Gomes Navas da; SCAFF, Fernando Facury. **A tutela civil do concorrente: a responsabilidade civil e suas consequências**. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 142.

ação⁹¹⁷, na medida em que o desvio de clientela se afere de modo pragmático, devendo a vítima demonstrar que efetivamente sofreu perdas de receita decorrentes do ato desleal⁹¹⁸, pois “não parece adequado, contudo, condenar o lesante sem observar a efetiva ocorrência do desvio de clientela (dano-evento) e da diminuição patrimonial ou frustração de ganho dele decorrente”.⁹¹⁹

Desta maneira, o direito da concorrência tutela os danos patrimoniais efetivamente sofridos pelo agente, podendo a reparação ocorrer de duas formas, por meio dos denominados danos emergentes, que decorrem da efetiva diminuição patrimonial sofrida pela vítima até o pedido indenizatório, e os lucros cessantes, considerados como aquilo que a vítima deixou de ganhar em virtude do ilícito, projetados pelo decaimento ou paralisação da atividade econômica da empresa prejudicada ao longo do tempo⁹²⁰, conforme estabelece o artigo 210 da LPI, que confere ao lesado o direito à indenização que corresponder ao maior dos seguintes valores: “I – os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou II – os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito”.

Especificamente com relação ao dano emergente oriundo de concorrência desleal, a mensuração acontecerá via perícia contábil que deverá apurar quais foram os danos suportados pela pessoa jurídica, por meio de métodos que podem ser, por exemplo, o fluxo de caixa descontado, avaliação por múltiplos do EBTIDA, entre outros adequados para o caso concreto. A fixação da indenização decorre do resultado da conduta ilícita; se houve a retirada do concorrente do mercado ou a extinção da empresa, por encerramento ou quebra, o concorrente lesado poderá requerer a compensação pelos lucros cessantes aos quais se exige a análise e projeção de futura participação da empresa no mercado, além da fixação de um período razoável no qual a empresa seria realisticamente projetada como viável no mercado. Alternativamente,

⁹¹⁷ “Não é necessário que a vítima do ato ilícito comprove o efetivo desvio de clientela, mas que tal desvio foi potencial, trazendo aos autos prova do termo inicial da violação do direito de exclusividade, sem o qual não se poderia definir os contornos da liquidação da sentença. No caso concreto, as autoras não trouxeram sequer indício da possibilidade de desvio de clientela.” BRASIL, TJSP. Apelação Cível. 1006209-62.2014.8.26.0006; Relator (a): Ricardo Negrão; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Regional VI - Penha de França - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/03/2020; Data de Registro: 18/03/2020.

⁹¹⁸ FABBRI JUNIOR, Helio. Responsabilidade civil: dano moral oriundo das relações concorrenciais. **Revista da ABPI**, n. 3, mai-jun/1992. p. 116.

⁹¹⁹ FRANCA, Bárbara Gomes Navas da; SCAFF, Fernando Facury. **A tutela civil do concorrente: a responsabilidade civil e suas consequências**. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 150.

⁹²⁰ BUCHAIN, Luiz Carlos. **O poder econômico e a responsabilidade civil concorrente**. Porto Alegre: Nova Prova Editora, 2006. p. 174.

a indenização poderá se dar pelo valor de venda da empresa no mercado, caso não houvesse sofrido a influência da conduta anticoncorrencial do agente infrator.⁹²¹

No entanto, relativamente à concorrência exercida sobre bases ilícitas deve-se reconhecer a dificuldade probatória para comprovação do dano efetivo do concorrente lesado, o que por seu turno, não pode representar esvaziamento da tutela jurídica pretendida, eis que o ordenamento jurídico brasileiro veda o enriquecimento sem causa (art. 884 CC). Para tanto, deve-se admitir que, uma vez provado o nexo de causalidade, a quantificação dos prejuízos se realize através de estimativas, mediante critérios de razoabilidade a serem apurados no caso concreto, sem a apregoada precisão absoluta, inclusive, com o auxílio de presunções e distribuição dinâmica do ônus da prova. Esta é orientação que se extrai do art. 210, inc. II da LPI, que facilita a prova do dano a partir de presunção relativa de que os lucros cessantes decorreram da conduta desleal do concorrente para a manipulação da clientela.

Nada obstante, se a prova do dano se revelar impossível, deverá se autorizar o abrandamento da dilação probatória e arbitrar a indenização de forma equitativa, levando em consideração as vantagens obtidas (materiais e reputacionais) com o ilícito, realizando-se um cotejo analítico dos incisos I e II do art. 210 a LPI, a ser realizado de acordo com cada caso concreto, não se permitindo adotar, por simples exclusão, um ou outro critério indenizatório. Explica-se com apoio no exemplo abaixo.

Considerando uma relação concorrencial envolvendo 03 (três) agentes econômicos (A, B e C), que disputam o mercado em iguais proporções de *market share* (1/3 para cada), vislumbrando extrair maiores ganhos competitivos (ou simplesmente aumentar as margens lucrativas que se reverterem em ganhos econômicos ilícitos), o agente econômico 'A' resolve reduzir os custos produtivos mediante exploração abusiva de direitos humanos e, assim, passa a exercer a competição sobre bases ilícitas. A partir da conduta empresarial ilícita, o agente econômico 'A' desvia 1/3 do *market share* até então pertencente aos agentes econômicos 'B' e 'C', que, lesados, passam a deter 1/6 cada.

Desta forma, se apenas um dos agentes econômicos lesados ingressar com a ação de concorrência desleal e pleitear a indenização nos termos do art. 210 da LPI, poderá pleitear lucros cessantes que serão determinados pelo critério que seria mais favorável ao prejudicado.

⁹²¹ BUCHAIN, Luiz Carlos. **O poder econômico e a responsabilidade civil concorrente**. Porto Alegre: Nova Prova Editora, 2006. p. 181-182.

Entre as possibilidades disponíveis, poderia optar entre (inc. I) os benefícios que teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou (inc. II) os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito.

Seguindo a sistemática fria das possibilidades acima expostas, o agente econômico lesado poderia pleitear como indenização todos os benefícios que foram auferidos pelo concorrente desleal (inc. II), ou seja, 1/3 dos lucros auferidos com o *market share* adquirido ilicitamente a título indenizatório. Da mesma maneira e pela mesma regra, se o outro agente lesado decidisse por ingressar com a ação, também faria jus ao mesmo valor indenizatório, auferindo 1/3 dos lucros do agente infrator a título indenizatório.

Na circunstância de ambos os agentes econômicos ingressarem com a ação, portanto, apesar de *market share* da conduta ilícita representar 1/3 do mercado concorrencial, os concorrentes lesados receberam indenização equivalente à 2/3 do mercado, ou seja, o concorrente infrator foi condenado a indenizar o dobro do lucro auferido com a conduta ilícita. Nesta circunstância específica de aplicação do art. 210, inc. II da LPI, portanto, pode-se advogar a inexigibilidade deste patamar indenizatório, tanto pela regra do art. 944 do CC, o qual determina que a indenização se mede pela extensão do dano, quanto pelo art. 844 do CC, que impõe a vedação ao enriquecimento sem causa. Seguindo essa linha de raciocínio, a compensação devida à vítima lesada só deverá incluir os danos emergentes e os lucros cessantes *diretos e imediatos*, ou seja, só se deverá indenizar o prejuízo que decorra diretamente da conduta ilícita (infracional) do infrator (art. 403, CC/2002).⁹²²

Assim, esta possibilidade (inc. II) parece se encontrar rechaçada pelo ordenamento, pois muito embora o lucro cessante não seja objeto da responsabilidade por danos, este lhe serve de parâmetro, de meio de prova, para que se determinem os lucros cessantes do lesado, desde que se possa vislumbrar no lucro do lesante idêntica diminuição no patrimônio lesado.⁹²³ Na concorrência sobre bases ilícitas, portanto, não se deve permitir a aplicação irrestrita do art. 210, inc. II da LPI, sem que se faça o devido cotejo com o que foi possível provar como benefícios que o lesado teria auferido caso a violação não tivesse ocorrido (art. 210, inc. I da LPI), sob pena de se caracterizar, por um lado, o enriquecimento sem causa do concorrente lesado e, de outro, ultrajar o dever indenizatório do concorrente infrator.

⁹²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - Responsabilidade civil**. vol. 3. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 28.

⁹²³ REIS, Iuri. **Danos patrimoniais: uma perspectiva pragmática**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017. p. 255.

Doravante, se superada a perspectiva indenizatória a partir dos parâmetros insculpidos no art. 210, inc. II da LPI, a responsabilização recairá novamente ao disposto no art. 210, inc. I da LPI, no entanto, outros obstáculos se apresentam e precisam ser superados, pois se os lucros cessantes são auferidos a partir dos benefícios que o prejudicado teria auferido caso não tivesse ocorrido a violação, cumprirá ao lesado demonstrar (ainda que por presunções e inversão dinâmica da prova) o montante da perda de clientela, *market share* ou retorno lucrativo decorreu da conduta ilícita do agente infrator, para que este lhe indenize.

Nesta circunstância, com base na teoria de presunções vigente na concorrência, se admite presumir que a conduta do agente infrator tenha sido a única causa do desvio de clientela do(s) concorrente(s) lesado(s) e seu conseqüente prejuízo. Deve-se registrar, no entanto, que a defesa do concorrente desleal pode ser elisiva sobre a respectiva presunção, demonstrando que seu ganho de *market share* não advém parcial ou exclusivamente da conduta ilícita ou do concorrente lesado, como forma de mitigar o valor indenizatório.⁹²⁴

Assim, uma vez transposta a hipótese de configuração do dano na ação indenizatória, comparar-se-ia o lucro que um dos agentes lesados deixou de auferir e o acréscimo de resultados obtidos pelo concorrente infrator. O lucro total obtido pelo concorrente infrator, nada obstante, dada a dificuldade probatória, pode ser presumido com base na sua participação de mercado para fins do cálculo indenizatório. Assim, tratando-se de um mercado pulverizado, deve-se verificar *market-share* dos concorrentes envolvidos na ação (infrator e lesado) e multiplicar o dano do concorrente lesado pela quantidade de *market share* disponível. Com isto, chegar-se-ia ao total do lucro ilícito percebido pelo infrator. Nada obstante, outras metodologias também podem ser empregadas para se chegar ao montante do prejuízo:

A situação da empresa vitimada, antes e depois do ilícito concorrencial, associado à análise do *market share* detido pela vítima para que as perdas sejam calculadas segundo aquela parcela de vendas projetadas e não realizadas. Nas situações em que marcos temporais bem delimitados não sejam possíveis de ser fixados, o período de apuração dos lucros será demonstrado através de metodologia, na qual os danos são calculados por referência a lucros havidos por outra empresa lucrativa e similar em mercado não afetado pela restrição concorrencial, cabendo à vítima demonstrar a verossimilhança da entre as empresas para justificar a comparação.⁹²⁵

⁹²⁴ FRANCA, Bárbara Gomes Navas da; SCAFF, Fernando Facury. **A tutela civil do concorrente: a responsabilidade civil e suas conseqüências**. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 154.

⁹²⁵ BUCHAIN, Luiz Carlos. **O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial**. Porto Alegre: Nova Prova, 2006. p. 172.

Similar raciocínio pode ser exercido em caso de o lucro empresarial advir de vários setores, dentre estes, setores sem correlação com a atividade ilícita, podendo-se apurar o resultado do ilícito, por exemplo, através do cálculo realizado para identificar a prática de *dumping* (preço de exportação inferior ao preço no mercado interno). Nesta situação o *dumping* é calculado com base no preço de venda do produto/serviço similar em país que vigore a economia de mercado, onde se identifica o valor do produto similar e se compara com o preço de exportação deste país para outros países; ou, por meio de qualquer outro preço razoável, sempre que nenhuma das outras hipóteses seja viável.⁹²⁶ Trazendo para o caso da concorrência desleal sobre bases ilícitas, poder-se-ia comparar o preço médio dos produtos e serviços praticados pelos concorrentes (no mesmo mercado geográfico ou em outro), deduzir a diferença negativa obtida ilicitamente pelo infrator e, assim, estabelecer o resultado econômico ilícito multiplicado pelo tempo em que a prática foi realizada. Neste sentido:

No que se refere aos danos suportados em razão da prática de concorrência sobre bases ilícitas, como a conduta consiste na redução artificial dos custos de produção, feita através do desprezo das normas que encarecem o processo produtivo, a própria demonstração da ocorrência do dano (antecedente necessário da atividade de quantificação do prejuízo) deverá ter, como ponto de partida, o cálculo de qual seria o preço do produto ou serviço do ofensor, caso fossem cumpridas todas as normas relacionadas à atividade, cálculo esse que terá de considerar os ganhos de eficiência e de escala deste agente econômico. Feito isso, o passo seguinte consiste em comparar o preço assim obtido com o preço efetivamente praticado pelo lesante. Sendo este inferior ao preço que se teria de praticar se cumpridas as normas e ao preço que o concorrente cumpridor dessas normas acaba tendo que praticar, estará demonstrada a vantagem competitiva que o agente experimentou por desconsiderar os deveres que lhe cabiam, demonstrando o dano-evento desvio clientela. A etapa subsequente consistirá, então, no cálculo dos lucros cessantes do lesado a partir dos critérios do art. 210 da Lei n. 9.279/1996, tendo-se o cuidado de, na apuração do valor pelo critério do inciso II, se utilizar o market share do lesado para estabelecer a proporcionalidade do lucro ilicitamente obtido que lhe será restituído.⁹²⁷

Isto posto, em atenção à dificuldade de se encontrar com exatidão o valor do dano indenizável pela conduta desleal exercida sobre bases ilícitas, pode-se conceber a utilização do critério mais favorável ao prejudicado, mediante o cotejo analítico entre o que estabelecem os incisos I e II do art. 210 a LPI, comparando os benefícios que o prejudicado teria auferido caso a infração não tivesse ocorrido (inc. I) com os benefícios auferidos pelo autor da violação (inc.

⁹²⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direito da Concorrência e Enforcement Privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, n. 2, novembro de 2013. p. 26.

⁹²⁷ FRANCA, Bárbara Gomes Navas da; SCAFF, Fernando Facury. **A tutela civil do concorrente: a responsabilidade civil e suas consequências**. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 169-170.

II), mesmo que isto signifique um enriquecimento para o ofendido, pois a sanção mais severa atende aos propósitos do legislador para punir o infrator, hipótese em que não representará um ato ilegal.⁹²⁸ Ao cabo desta situação, se todos os lesados propuserem a ação indenizatória, o valor a ser indenizado será justamente o valor econômico obtido sobre bases ilícitas, removendo-se por completo todas as vantagens ilicitamente auferidas pelo infrator.

Assim sendo, um novo problema se apresenta, qual seja, é improvável que todos os *players* atingidos pela prática ilícita demandem contra o concorrente infrator, de modo que este continuará fruindo dos lucros e vantagens competitivas obtidas por meio das bases ilícitas, o que não pode ser tolerado em nosso ordenamento por manter vigente a situação de falseamento do mercado concorrencial, o que será abordado no tópico 4.1.6.3 juntamente com a hipótese do enriquecimento sem causa e remoção completa do ilícito lucrativo.

4.1.6.2 Danos morais devidos ao concorrente lesado

Com apoio no art. 5º, incs. V e X da CF, o art. 186 do Código Civil confirma a possibilidade de reparação dos danos morais decorrentes de ato ilícito oriundo de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência. O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, que lesiona a esfera personalíssima da pessoa, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente⁹²⁹, abrangendo todas as espécies de danos extrapatrimonial. O dano moral compreendido como equivalente a dor, sofrimento e angústia é hoje indenizado de modo específico em face da reconceituação da lesão aos direitos da pessoa, reduzindo-se a compreensão dele como um só dos muitos danos à pessoa que recebem tratamento sob a denominação de danos extrapatrimoniais e de personalidade, vinculadas ambas as definições à categoria dos danos extrapatrimoniais. Assim, tomou corpo a distinção do dano moral para o dano extrapatrimonial. A qualificação do dano como patrimonial e extrapatrimonial é intrínseca ao bem atingido e não dos efeitos produzidos pela lesão, de onde

⁹²⁸ Neste sentido: “antes de assegurar a indenização da vítima, procurou também o legislador instituir uma sanção mais severa para desestimular os atos violadores dos direitos de propriedade industrial. Assim agiu, criou no nosso direito uma outra exceção ao princípio da indenização equivalente ao valor do prejuízo, só que em favor da vítima. Na verdade, adotando-se os critérios estabelecidos na Lei de Propriedade Industrial, a indenização será no mínimo igual ao prejuízo, podendo até mesmo significar um enriquecimento para o ofendido”. LOUREIRO, Luiz Guilherme. **A lei da Propriedade Industrial comentada**. São Paulo: Lejus, 1999. p. 360.

⁹²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - Responsabilidade civil**. vol. 3. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 35.

as consequências do bem ofendido é irrelevante porque os efeitos dela podem ser patrimoniais e extrapatrimoniais independentemente da natureza (patrimonial ou extrapatrimonial) do bem atingido. Nessas hipóteses, a lesão a um bem não patrimonial gera danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais, dentre estes, os danos morais, não havendo óbice a cumulação do dano moral com outras espécies de danos extrapatrimoniais, os quais, ao lado do dano patrimonial (consequência econômica) é plenamente calculável.⁹³⁰

Com relação aos danos extrapatrimoniais atribuíveis à pessoa jurídica, ecoa o art. 52 do CC ao estabelecer que a elas se aplica, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade, o que é confirmado pela Súmula n. 227 do STJ. Destarte, embora sumulado o entendimento sobre a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral, esta reparação não é tida como regra em razão das peculiaridades que circundam a personalidade jurídica.

O que o art. 52 veicula, portanto, em sua literalidade, é tão somente uma extensão instrumental, uma possibilidade de aplicação de parte dos instrumentos de proteção dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas. Mesmo nos casos em que se entender cabível a extensão à pessoa jurídica de parcela da proteção dos direitos da personalidade, essa proteção não pode vir, por óbvio, amparada nos mesmos fundamentos que inspiraram sua construção para a defesa da pessoa humana. [...]. Quando se procede desse modo, transporta-se para uma realidade inteiramente diversa, porque econômica e instutcional, um discurso existencial e personalista. Trata-se de uma ideia fora de lugar, [...]. A transposição do discurso de proteção à pessoa humana para a tutela da pessoa jurídica é inteiramente indevida.⁹³¹

Em que pese pacificada a possibilidade de a pessoa física encontrar-se sujeita às implicações extrapatrimoniais, não se pode esquecer que a pessoa jurídica não possui dignidade própria da pessoa humana, não podendo se estender a lesão à honra subjetiva na percepção de auto-estima⁹³² (dor, humilhação, angústia e sofrimento experimentados pela vítima do ato ilícito). Desta forma, o dano moral que se encontra sujeita a pessoa jurídica é aquele que vinculado à sua imagem institucional (honra objetiva) com o condão de lhe gerar reflexo negativo em seu patrimônio material, ou seja, o ato ilícito deve ser capaz de interferir no direito subjetivo ao lucro decorrente de sua atividade empresarial.

⁹³⁰ GIRARDI, Viviane; LOPEZ, Teresa Ancona. **A problemática dos lucros ilícitos no sistema legal brasileiro: o lucro da intervenção**. 170 f. Tese (Doutorado) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 89-90.

⁹³¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de peração à diluição dos danos**. 5a ed., São Paulo: Atlas, 2013. p. 470.

⁹³² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 473.

A lesão ao ‘bom nome’ de que goza uma pessoa jurídica produz um impacto de natureza claramente econômica. Como exemplifica Anderson Schreiber, uma matéria jornalística não atinge a existencialidade da personalidade jurídica, mas o seu patrimônio reputacional, pois produz uma desvalorização de sua marca e, respectivamente, na queda das vendas, contratações, negócios etc,⁹³³ ou seja, institucionalmente na atividade que desenvolve.

Em decorrência dos reflexos expatrimoniais do dano em sua perspectiva subjetiva, a “responsabilidade civil por dano moral à pessoa jurídica, o fato lesivo, como dano eventual, deve ser devidamente demonstrado”⁹³⁴, podendo ser presumido *in re ipsa* apenas em caráter excepcional, como por exemplo, nas hipóteses de claro abalo à imagem como ocorrem nas declarações manifestamente falsas e concorrencialmente desleais⁹³⁵, situações de protesto cambial indevido ou utilização indevida de bens jurídicos pela lei de propriedade intelectual como são os direitos de marca, patentes, autorais, etc, onde o prejuízo se consubstancia na própria violação do direito, derivando da natureza da conduta perpetrada e a demonstração do

⁹³³ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de peração à diluição dos danos**. 5a ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 471. No mesmo sentido: “Não há dúvidas de que a maioria das hipóteses de danos indenizáveis pretendidos por pessoas jurídicas pode ser facilmente enquadrada na categoria de danos materiais, traduzidos em uma diminuição de seus resultados econômicos. [...]. A solução, pois, é admitir que a credibilidade da pessoa jurídica, como irradiação de sua subjetividade, responsável pelo sucesso de suas atividades, é objeto de tutela pelo ordenamento e capaz de ser tutelada, especialmente na hipótese de danos institucionais. Tal entendimento mostra-se coerente com o ditado constitucional e não parece destoar do raciocínio que inspirou a mencionada admissibilidade, pelo STJ, dos danos morais à pessoa jurídica”. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. XXIX-XXX.

⁹³⁴ Enunciado n. 189 do Conselho da Justiça Federal. para a pessoa jurídica, o dano moral é fenômeno distinto daquele relacionado à pessoa natural. Não se aceita, assim, o dano moral em si mesmo, isto é, como uma decorrência intrínseca à existência de ato ilícito. Necessidade de demonstração do prejuízo extrapatrimonial. Na hipótese dos autos, não há demonstração apta de prejuízo patrimonial alegadamente sofrido pela recorrida” BRASIL, STJ, REsp 1.497.313/PI, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.02.2017, DJe 10.02.2017). Sobre o tema: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - Responsabilidade civil**. vol. 3. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 49.

⁹³⁵ “Indenização. Danos morais. Réus que realizaram campanha difamatória contra a autora, imputando-lhe graves acusações e denegrindo sua imagem em diversos veículos midiáticos, a exemplo de outdoors, jornais impressos e programa de TV. Denúncias que, ademais, revelaram-se levianas, eis que desprovidas de lastro probatório. Configuração de ato ilícito quer pelo ângulo do direito comum (art. 186 do Código Civil), quer pelo ângulo da concorrência desleal (art. 195 da Lei 9.279/1996). Responsabilidade pelos danos causados à imagem da autora que se estende a todos os réus, dada a comprovação da participação de cada um deles nos atos lesivos perpetrados. Evidentes danos morais causados à empresa autora, que teve sua reputação e credibilidade abaladas perante os consumidores. Indenização fixada adequadamente em R\$ 1.000.000,00, se considerados o dolo dos agentes, a gravidade das acusações, o porte das empresas réus, e o prejuízo de ordem extrapatrimonial experimentado pela demandante. Inexistência, porém, de provas dos danos materiais supostamente sofridos, cuja existência deve ser demonstrada na fase de conhecimento. Honorários advocatícios estabelecidos em valor razoável. Recursos parcialmente providos” BRASIL, TJSP, Apelação 0020617-36.2004.8.26.0100, 6.ª Câmara de Direito Privado, Comarca de São Paulo, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 22.03.2012.

dano se confunde com a demonstração da existência do fato, cuja ocorrência é premissa assentada.⁹³⁶

A aferição dos danos morais necessitaria, portanto, da comprovação do abalo patrimonial que, em tese, precisaria ser demonstrado matematicamente por meio da comparação entre o patrimônio do ofendido antes e depois da ofensa. Isto, em algumas situações imporá à parte lesada prova impossível ou de extrema dificuldade, por ser matematicamente inviável demonstrar o descrédito sofrido pela companhia junto ao público consumidor ou as perdas derivadas dos potenciais negócios que foram perdidos em virtude do ilícito. Assim, embora o prejuízo extrapatrimonial certamente se reverta em prejuízo econômico, provar numericamente o *quantum* é tarefa quase impossível, pois nem sempre é possível aferir com precisão a repercussão direta e imediata ao patrimônio da pessoa jurídica lesada pelo ilícito praticado.⁹³⁷

Assim, frente às hipóteses de atos ilícitos em face de pessoas jurídicas que ensejam prejuízos indiretos, hipotéticos ou destituídos de comprovação, estes não poderão ser indenizados, salvo se comprovados mediante perícia.⁹³⁸ Deste modo, por consequência, o concorrente infrator remanesceria exitoso em suas condutas desleais por lhe ser (praticamente)

⁹³⁶ Por todos os entendimentos: “Ação cominatória (obrigação de não fazer), cumulada com pedidos de índole indenizatória, por violação de marcas de clubes de futebol. Sentença de parcial procedência, rejeitado pedido de indenização por danos materiais. Apelação dos autores. Titularidade do direito marcário e violações demonstradas. Em casos de ilícito marcário considera-se o prejuízo existente “in re ipsa”, na medida em que “[a] simples violação do direito obriga à satisfação do dano, na forma do art. 159 do CC, não sendo, pois, necessário, a nosso ver, que o autor faça a prova dos prejuízos no curso da ação. Verificada a infração, a ação deve ser julgada procedente.” (GAMA CERQUEIRA). No STJ: “[o] prejuízo causado prescinde de comprovação, pois se consubstancia na própria violação do direito, derivando da natureza da conduta perpetrada. A demonstração do dano se confunde com a demonstração da existência do fato, cuja ocorrência é premissa assentada, devendo o montante ser apurado em liquidação de sentença” (REsp 1.677.787, NANCY ANDRIGHI). Critério de indenização por danos materiais. Enunciado VIII do Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste Tribunal (“Nas ações de contrafação, em regra, a indenização por danos materiais deve ser fixada com base nos critérios dispostos nos arts. 208 e 210 da Lei 9.279/96, com apuração em fase de liquidação de sentença”). Valor danos morais. Os critérios de fixação dos danos morais “devem visar [...] à máxima eficácia do remédio jurídico, [...] asseguradas as garantias do devido processo legal” (DENIS BORGES BARBOSA). Arbitramento em quantia adequada, considerando-se a extensão dos atos praticados e a necessidade de se coibir o ilícito lucrativo. Sentença parcialmente reformada. Apelação dos autores parcialmente provida. BRASIL, TJSP; Apelação Cível 1052034-55.2020.8.26.0576; Relator (a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de São José do Rio Preto - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/11/2021; Data de Registro: 05/11/2021.

⁹³⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de peração à diluição dos danos**. 5a ed., São Paulo: Atlas, 2013. p. 471

⁹³⁸ “Daí por que deve ser considerado mais adequado em nosso ordenamento o entendimento doutrinário que rejeita o caráter punitivo do dano moral, admitindo-o apenas excepcionalmente e mediante previsão legal específica. O Código Civil, com efeito, rejeita indenizações punitivas ao prever, no art. 944, que a indenização se mede pela extensão do dano. O que a prática advocatícia parece tentar solucionar com a importação desastrada dos punitive damages é o problema do baixo valor das indenizações por dano moral no Brasil.” SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 281.

inalcançável uma sanção jurídica respectiva, com o que não se pode concordar em razão do que dispõe o art. 52 do Código Civil que, justamente, confere proteção aos direitos de personalidade da pessoa jurídica que sejam, obviamente, compatíveis com a sua condição.⁹³⁹ Portanto, se o concorrente realiza um ato ilícito com impactos diretos ou indiretos no direito objetivo (honra-reputação) ou subjetivo (potencial de lucro) de um concorrente, certamente haveria lesão do bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico (boa-fé, lealdade, livre iniciativa, livre concorrência e etc), nada impedindo o reconhecimento do dever de indenizar moralmente, pois se trata de prática que objetiva causar dificuldades ao concorrente com seu consequente afastamento do mercado⁹⁴⁰ (sobre dano reputacional, vide capítulo 4.1.5).

Assim, diante da conduta ilícita, o concorrente enquanto instituição terá suportado um ataque a sua reputação ou ao seu direito de competir no mercado em igualdade com os demais concorrentes, sujeitando-se à uma sobrecarga de esforços para o exercício regular da sua atividade, direcionando sua atenção e recursos para uma concorrência exercida sobre bases ilícitas onde o concorrente oferece o mesmo serviço por preço inferior ou igual, porém, mediante o exercício ilícito da atividade econômica. Desta forma, o infrator impede ou desestimula que o concorrente lesado aplique seus recursos à inovação produtiva, expansão econômica, melhoria de atendimento, qualidade dos produtos ou, até mesmo, extração dos lucros obtidos pelas margens de custo real.

Diante destas circunstâncias, tem-se claramente que há uma diminuição geral do bem-estar social, atingindo diretamente o próprio concorrente lesado e indiretamente os consumidores, que não podem fruir dos ganhos concorrenciais oferecidos pelo desenvolvimento socioeconômico do livre mercado. Por esta razão, a repercussão econômica sobre a esfera objetiva e subjetiva deste concorrente autoriza, efetivamente, a reparação moral,

⁹³⁹ “Sem demérito de reconhecer que a teoria dos direitos da personalidade tenha sido construída a partir de uma concepção antro-pocêntrica do direito, consideramos inadmissível a posição que limita a possibilidade de sua aplicação à pessoa natural. Essa tese, inclusive, já havia sido consagrada jurisprudencialmente por Súmula do Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁹ e, agora, o atual Código Civil põe fim à polêmica, estabelecendo expressamente: ‘Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade’.” GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - Responsabilidade civil**. vol. 3. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 45.

⁹⁴⁰ “Haveria dúvida sobre o direito a obter indenização por danos morais provados ao lesado a partir de determinados efeitos anticoncorrenciais? A resposta deverá ser negativa, pois onde o legislador não restringiu, não caberá ao intérprete fazê-lo. Ademais, a matéria está lavrada em nível constitucional, de onde deflui que a autorização à indenização por dano moral está inserida em todo o sistema jurídico, inclusive por pessoas jurídicas como reiteradamente e sumuladamente decidido pelo Superior Tribunal de Justiça.” BUCHAIN, Luiz Carlos. **O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial**. Porto Alegre: Nova Prova, 2006. p. 165-168.

pois configurado o dano-evento (lesão ao direito de personalidade), restando necessária a atribuição do dano-prejuízo (lesão ao patrimônio material e imaterial),⁹⁴¹ que deve ser ressarcido para restaurar a integridade reputacional da vítima.⁹⁴²

Atento ao então entendimento dos tribunais, que nos casos de concorrência desleal compreendiam que a indenização dependia da efetiva demonstração do dano suportado pela conduta, recentemente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reverteu seu posicionamento sobre a impossibilidade de presunção dos danos morais em caso que versava sobre conduta desleal de tipo específico (art. 195 LPI), passando a compreender que havendo conduta dolosa em razão da clara intenção de contrafação, imitação de marca, aproveitamento parasitário ou qualquer modalidade de concorrência desleal, justificável se faz o sancionamento também a título de dano moral, pesando para esta mudança paradigmática a compreensão de que a afetação desta conduta se reveste de reflexos imateriais não imediatamente perceptíveis como o desprestígio da marca, a diluição de sua distintividade, a dispersão do público consumidor, e, até mesmo a necessidade de adequada reprimenda ao autor da ofensa, inclusive de forma a evitar, na hipótese de determinação de reparação de índole tão somente matéria, a consagração do chamado ilícito lucrativo.⁹⁴³

Soma-se à tal entendimento o posicionamento adotado pelo STJ no caso de concorrência desleal envolvendo o cantor Zeca Pagodinho, protagonista de campanha publicitária da cerveja Nova Schin, contratado por agência publicitária concorrente para promover produto concorrente, a cerveja Brahma. No referido caso, em derradeira oportunidade, se reestabeleceu a condenação por danos morais em favor da empresa de publicidade demandante (saliente-se o caso não envolvia os concorrentes mencionados no comercial) considerando que, muito embora o até então entendimento de que a condenação demandaria a existência de abalo objetivo à honra da empresa lesada, presente no caso concreto uma vez que os fatos delineados extrapolaram o exercício legítimo da atividade. Sendo assim, muito embora o entendimento do ataque direto à honra, compreendeu o STJ que a condenação por danos morais deveria ser

⁹⁴¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 291.

⁹⁴² COOTER, Robert; Ulen, Thomas. **Law and Economics**. 5. ed. Boston: Pearson Education, 2008. p. 389.

⁹⁴³ BRASIL, TJSP. Apelação Cível 3001271-43.2012.8.26.0108; Rel. Des. Fabio Tabosa; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Cajamar - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 13/08/2019; Data de Registro: 13/08/2019.

admitida em situações excepcionais, dispensando a prova direta quando as circunstâncias evidenciarem que os danos extrapatrimoniais decorrentes da conduta ilegal são indiscutíveis.⁹⁴⁴

Tal atitude, por sua vez, também se revela como um ataque à própria relação de confiança estabelecida entre as autoras (Fischer e All-E) e sua cliente, a Schincariol, que, depois de contratar o serviço dessas agências de publicidade, acreditando no seu fiel cumprimento e no êxito da campanha, se deparou com a “contra-propaganda” da concorrente, protagonizada justamente pelo personagem que havia elegido para promover a sua cerveja, com exclusividade.

E mais, é inegável que a atuação desleal da Africa provocou consequências muito mais graves que a abrupta interrupção do referido contrato, porquanto tornou absolutamente imprestável todo o material produzido e, ainda, inexecutável a continuidade da campanha publicitária idealizada pelas autoras, na medida em que se tornou definitivamente explicitada na mídia a preferência do cantor Zeca Pagodinho pela cerveja Brahma.

Aliás, salta aos olhos que a Africa tripudiou da campanha iniciada pelas autoras, para transmitir ao público consumidor a mensagem de que, na “guerra das cervejas”, a Brahma leva a melhor. Esse comportamento, à evidência, não pode ser tolerado pelo Direito.

Convém ressaltar, por oportuno, que, embora não se desconheça a regra geral de que as pessoas jurídicas necessitam demonstrar a ofensa ao direito da personalidade e suas consequências para a configuração do dano moral, é sabido que a jurisprudência do STJ admite, em situações excepcionais, seja dispensada a prova direta, quando as circunstâncias evidenciarem que os danos extrapatrimoniais decorrentes da própria conduta ilegal são indiscutíveis, como ocorre, por exemplo, quando há protesto indevido de título já pago. [...].

Então, consideradas as peculiaridades da espécie, é possível concluir que os efeitos nocivos causados pelo ato de concorrência desleal praticado pela Africa à honra objetiva da Fischer e All-E são notórios e indiscutíveis, caracterizando-se, portanto, o dano moral, o qual merece ser devidamente compensado e severamente punido.

Por derradeiro, no que tange ao valor arbitrado, constata-se que foi fixado pelo juízo de primeiro grau em R\$ 500.000,00 para Fischer e R\$ 100.000,00 para All-E, quantias essas suficientes para compensá-las pelos danos morais sofridos.

Isto posto, uma vez comprovada que a concorrência se exerce sobre bases ilícitas, no caso da violação de direitos humanos que detém notória natureza inconstitucional/ilegal, pois exercida em desfavor da coletividade, também estará configurada a hipótese de ofensa aos direitos intangíveis do(s) concorrente(s) lesados que, com o fundamento supra (por exemplo, abalo ao direito subjetivo do lucro por vedação ao regular exercício da livre iniciativa e livre concorrência), devem ser reparados moralmente independentemente da prova de qualquer diminuição patrimonial, cujo valor indenizatório deve ser arbitrado pelo julgador em vista das condições do litígio, levando em consideração para fixação do *quantum* “a combinação de dois e, por vezes, três distintos critérios: o grau de culpa do ofensor, a condição econômica do

⁹⁴⁴ BRASIL, STJ. REsp 1316149/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 27/06/2014.

responsável pela lesão; e o enriquecimento obtido com o ato ilícito”.⁹⁴⁵ Assim, o arbitramento da quantia adequada deve considerar o poderio econômico da empresa infratora, a extensão dos atos praticados e a necessidade de se coibir o ilícito lucrativo a fim de que a indenização seja suficientemente relevante para desestimular novas transgressões concorrenciais.

4.1.6.3 Danos extrapatrimoniais: a remoção completa dos ilícitos lucrativos pela teoria do *disgorgement of profits*

Somente com a remoção completa das vantagens ilicitamente obtidas ter-se-á medida dissuasiva de extrema eficácia, sobretudo se for aliada à entrega do valor integral ao(s) lesado(s) (diretos e indiretos), onde a certeza de recompensa financeira lhe proporciona o incentivo necessário para a batalha judicial em prol de se retirar a utilidade ilícita obtida pelo infrator. Por outro lado, o desestímulo ao infrator se encontra na ciência de que não remanescerá qualquer proveito em sua conduta. Para tanto, necessário que se estabeleça o proveito econômico oriundo do ilícito para que a condenação supere o montante do dano⁹⁴⁶, pois, como visto, o dano é a fonte de incidência e o limite do dever de reparar. O dano representa a lesão concreta do direito ou do interesse tutelado e sua verificação pode ocorrer tanto no plano patrimonial, de forma presente ou projetada (dano emergente ou lucros cessantes), sendo integralmente ressarcível na medida em que sua quantificação é aferível pelo dimensionamento das perdas econômicas. No entanto, remanesce o dano extrapatrimonial sem o devido processamento, pois deriva de violação de um interesse imaterial tutelado pela ordem jurídica, cuja reparação da lesão se processa exclusivamente pela satisfação da(s) vítima(s). Nesta situação se encontra uma lacuna/ineficácia da função meramente reparadora da responsabilidade civil, que voltada ao passado, é deficitária na tutela plena de bens dissociados de recomposição direta ou pecuniária, como são os de natureza extrapatrimonial (entre estes, direitos humanos, meio ambiente, tutela dos consumidores, etc.).⁹⁴⁷

⁹⁴⁵ PARGANDLER, Mariana Souza; MARTINS-COSTA, Judith. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, n. 29, Brasília, jan.mar., 2005. p. 23.

⁹⁴⁶ HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade civil punitiva**: os “punitive damages” no direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 434-436.

⁹⁴⁷ GIRARDI, Viviane; LOPEZ, Teresa Ancona. **A problemática dos lucros ilícitos no sistema legal brasileiro: o lucro da intervenção**. 170 f. Tese (Doutorado) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 40.

Esta lacuna se faz presente diante dos pilares e premissas básicas da responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico, a qual já é capturada pelo empresariado que analisa o custo-benefício de arcarem com as sanções legais disponíveis, em prol de auferirem maiores lucros. No caso, o agente ofensor opta por sujeitar-se às regras tradicionais de responsabilidade civil, menos custosas, do que implementar melhorias na sua estrutura e/ou qualidade dos serviços. O ponto de atenção, desta maneira, se volta ao tratamento jurídico adequado aos casos de enriquecimento indevido decorrente da violação, ingerência, exploração ou apropriação de bens/direitos alheios, em especial os direitos vinculados à personalidade humana, exigindo a necessidade de serem repensados os modelos tradicionais de responsabilidade civil, onde prevalece o posicionamento majoritário da equivalência, ou seja, exigindo uma correspondência entre o valor da indenização e o dano.⁹⁴⁸ Neste sentido, a doutrina tem buscado formas de evoluir a responsabilidade civil para incorporar aos danos a perspectiva de futuro, uma função de *deterrance*, movida pela (i) impossibilidade plena da recomposição de danos em bens de natureza extrapatrimonial individuais e coletivos, e (ii) ameaça de derrocada da responsabilidade civil por força da possibilidade de absorção dos custos econômicos da lesão, como forma de reestabelecer as funções do estatuto jurídico e a eficácia social do direito em face do dano.⁹⁴⁹

O problema dos denominados lucros ilícitos diz respeito às consequências positivas da lesão para o ofensor. As denominações lucros ilícitos, ilícitos lucrativos e lucro da intervenção são expressões que se referem aos proveitos econômicos advindos da conduta lesiva ou da fruição inautorizada de bem alheio. Nesse contexto, no âmbito da relação jurídica de indenizar, a qual vincula o dano à vítima à sanção ao ofensor, os proveitos econômicos representam uma vantagem que precisa ser removida da esfera patrimonial do ofensor porque, caso seja permitido ao interventor ficar com lucros dessa natureza, o ordenamento restará não só quanto ao senso da justiça que lhe é inerente e a função da pacificação social, mas igualmente no âmbito da perda de controle dos bens pelo titular do direito.

E é no contexto dessas preocupações que se situa o problema dos proveitos oriundos da lesão a bem ou interesse alheio, que encontra matizes diversos nos sistemas jurídicos, embora não se conheça ordem legal que disponha de um tratamento direto do assunto. Também as linhas limítrofes entre os lucros provenientes de um ilícito e aqueles oriundos de uma intervenção em esfera patrimonial alheia são tratados ora como sinônimos, ora com margens de diferença. Porém, são as nuances das diferenças

⁹⁴⁸ KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaela. A aplicação do lucro da intervenção (disgorgement of profits) no direito civil brasileiro: um novo dano no campo da responsabilidade civil ou uma categoria do enriquecimento sem causa? *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 559-560.

⁹⁴⁹ GIRARDI, Viviane; LOPEZ, Teresa Ancona. **A problemática dos lucros ilícitos no sistema legal brasileiro: o lucro da intervenção**. 170 f. Tese (Doutorado) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 42.

entre eles que se intendem, impactam na escolha dos possíveis remédios para a remoção do proveito indevido.⁹⁵⁰

A teoria do *disgorgement of profits* trata da questão dos ganhos indevidamente obtidos, com a finalidade de se evitar a ocorrência do enriquecimento sem causa do ofensor. Nessa teoria, se propõe um rompimento do vetor tradicional da responsabilidade civil assente na ideia de que para um sujeito auferir ganhos o outro deve ter tido prejuízos na mesma proporção, o que é plenamente aplicável aos casos de concorrência desleal que, nesta circunstância, são incapazes de remover as vantagens indevidas obtidas pelos autores dos ilícitos.⁹⁵¹ O *disgorgement* é um remédio que exige da parte que lucra com atos ilícitos, que desista/renuncie (*give up*) qualquer lucro que tenha obtido com o resultado de sua conduta ilícita, eliminando a possibilidade do enriquecimento sem causa.

A diferença entre os dois remédios de *gain-bases damages* está na forma como apura-se o *quantum* da obrigação de restituição e, primordialmente, nas próprias funções. Enquanto em *restitutionary damages* há reversão da transferência patrimonial entre as partes, no *disgorgement damages* há supressão da vantagem adquirida pelo réu com independência de qualquer transação de bens pelo autor. Pela primeira, beneficia-se o demandante com uma quantia correspondente ao bem transferido ou subtraído do seu patrimônio, ou seja, uma soma razoável pelo fato do infrator ter se aproveitado de um bem alheio. Pela segunda, suprime-se a vantagem econômica tangível que, sem correspondência com a utilização do patrimônio do autor, o réu obteve com a prática do ilícito. O *disgorgement* não apenas visa a privar o agente dos ganhos realizados, como também pelas despesas economizadas, com a reversão dos valores indevidamente obtidos às expensas da vítima.

De fato, em certas situações uma pretensão decorrente de ganhos indevidos tem o objetivo de recuperar benefícios econômicos obtidos pelo demandado que não se relacionam com qualquer transferência efetuada pelo demandante. No *disgorgement* essa dissociação será possível, pois mesmo quando não haja uma relação de causalidade entre o ganho financeiro de B com uma ilícita transferência oriunda do patrimônio de A, restará provado que os proveitos auferidos por B só foram possíveis em virtude da prática do ato ilícito, pois sem o cometimento do comportamento antijurídico eles não teriam sido produzidos. Destarte, a distinção entre as duas

⁹⁵⁰ GIRARDI, Viviane; LOPEZ, Teresa Ancona. **A problemática dos lucros ilícitos no sistema legal brasileiro: o lucro da intervenção**. 170 f. Tese (Doutorado) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 43.

⁹⁵¹ “Por sua vez, assumem especial relevância e tem sido objeto de atenção dos estudiosos da responsabilidade civil, a intervenção sobre bens alheios, sobretudo àquelas realizadas por meio de lesões e com finalidade lucrativa. Essas se destacam de modo frequente em relação à violação dos direitos de imagem, honra, nome, própria história, memória, entre outros, e das invenções e da concorrência desleal no âmbito do mercado. [...] o aproveitamento desses bens por terceiros é motivo de sanção pelo ordenamento posto que violam o inerente poder exclusivo da destinação dos bens. E os denominados ilícitos lucrativos violam a disposição inerente à titularidade, pois mediante uma lesão o lesante se beneficia do interesse tutelado ou da sua expressão econômica, sem a devida contrapartida ao titular. Por isso e diante da heterogeneidade dos bens a reclamar tratamento, segundo a natureza e as funções que lhe são próprios, é que se exige a dinâmica do ordenamento no sentido de constantemente redimensionar os seus institutos para a garantia da eficiência do sistema jurídico quanto à livre circulação de riquezas e o desenvolvimento cultural, social e econômico da sociedade.” GIRARDI, Viviane; LOPEZ, Teresa Ancona. **A problemática dos lucros ilícitos no sistema legal brasileiro: o lucro da intervenção**. 170 f. Tese (Doutorado) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 148-149.

espécies de pretensões fundadas nos ganhos indevidos – sendo que ambas são restituições – consiste em que o *restitutionary damages* corresponde a um ‘give back’ (devolução), ou seja, uma medida de aplicação do princípio de justiça corretiva pela qual será restituído ao autor da demanda o ganho do réu correspondente àquilo que ele perdeu como consequência do ilícito. Isso se insere perfeitamente no direito restitutivo; já o *disgorgement* se refere ao ‘give up’ (desistência), isto é, o agente renunciaria aos ganhos, mesmo que eles não tenham sido diretamente obtidos da vítima.⁹⁵²

No que tange aos ganhos competitivos decorrentes do abuso de direitos humanos, é defensável a responsabilização com base no *disgorgement*, pois requer a demonstração de excepcional circunstância que justifique a expropriação dos benefícios do demandado derivado de um ilícito contra o demandante, impedindo uma atividade lucrativa. Com relação aos danos sociais de cunho não correlativo – desvinculados das demais perdas do ofendido (concorrente) – que evidenciem a desaprovação da sociedade quanto a condutas antijurídicas movidas pela realização de lucros. Nesta circunstância, mesmo inexistindo vínculo entre o demandante (vítima) e o ganho do ofensor, além do fato de que esse ganho foi consequência de um ilícito, os tribunais podem se servir do *disgorgement* como uma poderosa ferramenta social em nome de toda a coletividade, como forma de fechar a lacuna do ordenamento que impede a violação de instituições fundamentais para o convívio social e, por consequência, exploração lucrativa⁹⁵³.

Ante tais circunstâncias, a aplicação do *disgorgement of profits* exige a comprovação de três elementos: “i) prática de um ato ilícito na relação entre dois ou mais sujeitos; ii) aferição de vantagem como resultado do ilícito praticado por parte de um dos sujeitos; iii) invariabilidade do patrimônio do sujeito lesado”⁹⁵⁴, o que abrange a sistemática contemporânea da responsabilidade civil brasileira nas suas três funções: reparadora, punitiva e preventiva. Deve-se frisar que apesar de *disgorgement* possuir uma conotação punitiva, ele não se equipara ao *punitive damages*, vedado por nosso ordenamento, pois são retirados apenas os exatos lucros auferidos com a conduta ilícita, colocando o ofensor na mesma situação em que estaria caso não tivesse violado o direito alheio, ou seja, os danos são limitados ao que o réu/ofensor ganhou

⁹⁵² ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 271-272.

⁹⁵³ ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 274-275.

⁹⁵⁴ BARBOSA, Caio Cesar do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. Contenção de ilícitos lucrativos no Brasil: o disgorgement of profits enquanto via restitutória. **Revista de Direito da Responsabilidade**. Ano 2, pp. 517-542, Jul/2020. p. 532.

com a transgressão, portanto, o efeito punitivo compõe o *disgorgement*, todavia, não controla a medida da concessão.⁹⁵⁵

No direito brasileiro, a restituição por ganhos ilícitos se relaciona ao enriquecimento sem causa, previsto nos artigos 884 e 886 do CC⁹⁵⁶, apresentando caráter de princípio e caráter de fonte de obrigações. A cláusula geral do artigo 844 do CC, impõe o dever de restituir se concomitantemente estiverem presentes os seguintes requisitos: “(a) houver um enriquecimento, (b) este enriquecimento tiver sido obtido ‘à custa de outrem’, e (c) não houber causa justificativa para o enriquecimento”.⁹⁵⁷ O enriquecimento sem causa divide-se no enriquecimento decorrente de um comportamento do enriquecido (mediante fato injusto – por intervenção) e o enriquecimento decorrente do comportamento do empobrecido (mediante prestação de terceiro). Assim, o enriquecimento ilícito por intromissão/intervenção⁹⁵⁸ se dá “à custa de outrem”, dividindo-se tal ato em duas situações: a) quando ocorre efetiva diminuição patrimonial; e/ou b) quando o enriquecimento não corresponde a qualquer diminuição patrimonial de fato, mas sim intervenção não autorizado no uso ou gozo do direito de outrem gerando enriquecimento para o interventor.⁹⁵⁹

No campo da concorrência desleal, também é possível enquadrar o *disgorgement* quando se compreende o lucro do ofensor, auferido com a violação de bens e direitos como um lucro cessante presumido. Nesse campo, onde a responsabilidade civil tem mais falhado ou se

⁹⁵⁵ KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaela. A aplicação do lucro da intervenção (disgorgement of profits) no direito civil brasileiro: um novo dano no campo da responsabilidade civil ou uma categoria do enriquecimento sem causa? *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 563.

⁹⁵⁶ “Já quando os lucros obtidos forem superiores aos danos causados, mesmo após indenizar a vítima, o ofensor estará em uma situação melhor do que estava antes da prática do ato não tutelado pelo ordenamento jurídico. Afinal, como a indenização é medida pela extensão do dano (CC, art. 944), nas hipóteses de lucros superior aos danos causados, o saldo positivo entre lucros obtidos e prejuízo indenizado permanecerá em definitivo, no patrimônio do interventor. diante da ineficácia das tradicionais regras da responsabilidade civil para lidar com o problema do lucro da intervenção, buscou-se no ordenamento jurídico brasileiro uma solução alternativa. Em razão de suas características e funções, conclui-se que o lucro da intervenção deve ser dogmaticamente enquadrado no enriquecimento sem causa.” FERREIRA, Sérgio Ricardo Savi. **Responsabilidade Civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção**. Rio de Janeiro: Atlas, 2012. p. 7.

⁹⁵⁷ FERREIRA, Sérgio Ricardo Savi. **Responsabilidade Civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção**. Rio de Janeiro: Atlas, 2012. p. 56.

⁹⁵⁸ “Ainda assim, a base do lucro da intervenção seria a mesma do disgorgement, traduzindo-se na real vontade doutrinária e jurisprudencial em ver efetivamente aplicado um instituto que desincentive o interventor de se beneficiar de seu comportamento antijurídico.” BARBOSA, Caio Cesar do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. Contenção de ilícitos lucrativos no Brasil: o disgorgement of profits enquanto via restitutória. **Revista de Direito da Responsabilidade**. Ano 2, pp. 517-542, Jul/2020. p. p. 538.

⁹⁵⁹ ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 332-333.

mostrado insuficiente, buscou-se a solução através da interpretação analógica do art. 210, inc. III da LPI, que dentre os critérios para fixação do lucro, estabelece a ‘remuneração que o autor da violação teria pagado ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitesse legalmente explorar o bem’. Diz-se, entre os critérios, pois o *caput* do art. 210 estabelece que a vítima pode optar pelo critério que lhe seja mais favorável, o que se justifica justamente pelo valor intangível da violação, bem como pela dificuldade de demonstrar a extensão dos danos, servindo para proteção eficaz dos interesses dos titulares dos direitos de propriedade intelectual como também do interesse geral da sociedade.⁹⁶⁰

A questão do lucro da intervenção foi analisada pelo STJ no *leading case* envolvendo a famosa atriz “Giovana Antonelli” em outubro de 2018 (REsp 1698701).⁹⁶¹⁹⁶² Na ocasião, se referiu à apuração do lucro da intervenção obtido por uma farmácia com o uso indevido da imagem da atriz para vender um produto. A sentença de primeiro grau condenou a empresa à retratação pública, além do pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). Em segunda instância, o Tribunal incluiu na condenação o montante de 5% (cinco por cento) sobre o volume de vendas do produto, sob a rubrica do lucro da intervenção. No STJ, sob a alegação da autora de que o Tribunal *a quo* restringiu o alcance da norma disposta no art. 884 do CC ao arbitrar percentual sobre as vendas independentemente do efetivo enriquecimento patrimonial obtido, o Relator indicou que o lucro de intervenção trazia consigo dificuldade de enquadramento em alguns dos institutos do direito civil. Desta forma,

⁹⁶⁰ KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaela. A aplicação do lucro da intervenção (disgorgement of profits) no direito civil brasileiro: um novo dano no campo da responsabilidade civil ou uma categoria do enriquecimento sem causa? *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 567-568.

⁹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.698.701/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 02 out. 2018, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 08 out. 2018.

⁹⁶² “Ainda, há um precedente inédito no TJ-RJ, julgado em 2016, que, além de ter fixado a indenização com base nos lucros auferidos com a violação do direito ao nome e à imagem da autora, fez menção expressa do chamado ‘lucro de intervenção’, enquanto modalidade de enriquecimento sem causa. Esse instituto representaria um equitativo funcional do disgorgement. [...]. O grande desafio de se ter hoje um entendimento uniforme do disgorgement of profits é que muitos sistemas legais nacionais utilizam diferentes institutos do direito privado para indenizar a parte lesada através dos lucros do ofensor e, apesar da diferença de nomenclatura, eles são equitativos funcionais ao disgorgement. Inclusive, alguns países se utilizam do instituto do enriquecimento sem causa para cumprir a função de restituição desses lucros ilícitos/ilegítimos.” KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaela. A aplicação do lucro da intervenção (disgorgement of profits) no direito civil brasileiro: um novo dano no campo da responsabilidade civil ou uma categoria do enriquecimento sem causa? *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 560; 562.

para contornar o obstáculo se fundamentou o dever de restituição do lucro da intervenção no enriquecimento sem causa, positivado no art. 884 do CC.

Além disto, o acórdão consignou que a configuração do enriquecimento sem causa por intervenção (i) não depende da efetiva existência do deslocamento patrimonial, com o empobrecimento do titular, bastando a demonstração de que houve o enriquecimento do interventor, ou seja, uma ingerência não autorizada no patrimônio alheio (mediante interferência nos direitos ou bens jurídicos de outras pessoa), surgindo não só como forma de preservar a livre disposição de direitos mas também inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico nas hipóteses em que a reparação dos danos causados, ainda que integral ao ofendido, não se mostre adequada a tal propósito. E, (ii) a superação da regra de subsidiariedade da pretensão do enriquecimento sem causa, em atenção ao que dispõe o art. 886 do CC, na medida em que a subsidiariedade não impede que se promova a cumulação de ações, cada qual disciplinada por um instituto específico do direito civil, sendo possível a formulação de pedido de reparação dos danos mediante a aplicação das regras próprias da responsabilidade civil, limitado ao efetivo prejuízo suportado pela vítima, cumulado com o pedido de restituição do indevidamento auferido, sem justa causa, às custas da demandante.⁹⁶³

Sobre a regra de subsidiariedade, deve-se acrescentar que *actio in rem verso* não obsta que os dois institutos (responsabilidade civil direta e enriquecimento ilícito) somem esforços para reação ao ilícito lucrativo, pois inexistente subsidiariedade entre os institutos que visam pedir compensações diferentes. Apenas se impede a propositura da ação por enriquecimento sem causa quando a responsabilidade civil for suficiente para – por meio do mecanismo

⁹⁶³ ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 376-378. No mesmo sentido: “A finalidade da regra da subsidiariedade é impedir a utilização do enriquecimento sem causa como mecanismo para burlar regras específicas previstas em outros dispositivos do Código Civil ou da legislação extravagante, que muitas vezes limitam ou mesmo afastam a possibilidade de restituição. Apesar de a subsidiariedade ter um papel importante no nosso sistema, se for levada ao extremo, pode gerar a completa inutilidade do instituto do enriquecimento sem causa”. Ettore Nanni também defende essa leitura moderna no requisito da subsidiariedade. A ação do enriquecimento sem causa será subsidiária em relação a outras pretensões quando por meio destas o titular do direito consegue obter o mesmo ou um resultado mais favorável. Por isso, o requisito da subsidiariedade é superado diante dos casos de lucros ilicitamente obtidos através da violação de direitos/bens, pois a responsabilidade civil não está, a princípio, apta a promover a remoção dos lucros do patrimônio do ofensor. KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaela. A aplicação do lucro da intervenção (disgorgement of profits) no direito civil brasileiro: um novo dano no campo da responsabilidade civil ou uma categoria do enriquecimento sem causa? *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 574-575.

indenizatório – subtrair do lesante toda a vantagem ilicitamente auferida.⁹⁶⁴ Via de regra, esta hipótese se daria com atos concorrência desleal específicos (art. 195 da LPI).

Com relação à fixação do quantum indenizatório, nem sempre será possível construir uma solução unitária para todos os casos de lucros de intervenção. Para sua fixação, existem dois caminhos, buscar o lucro real/objetivo ou o lucro patrimonial/subjetivo. O lucro real é equivalente ao valor normalmente cobrado para ceder o bem jurídico em questão por meio de um contrato ou negócio juridicamente lícito. O juiz deverá observar atentamente o grau de contribuição de cada um dos partícipes da relação jurídica e a titularidade do bem jurídico lesado. Além disso, o objeto da indenização nos casos de *'innocent infringement'* poderá ser mensurado pela clássica tutela ressarcitória da responsabilidade civil através da análise da extensão dos danos efetivamente sofridos pela vítima.⁹⁶⁵

No caso paradigmático da atriz brasileira, como parâmetro da quantificação, não foi esse o lucro adotado, pois se entendeu que, da reparação desse específico prejuízo já se encarrega o instituto da responsabilidade civil, limitando-se aos danos efetivamente sofridos. Assim, o 'preço razoável de uso' não é um *gain-based damages*, mas um método alternativo de compensação dos danos, incidindo as regras do enriquecimento sem causa com vistas à restituição do lucro patrimonial ao seu verdadeiro titular, devolvendo-se o 'lucro patrimonial' ao seu verdadeiro titular. Para tanto, determinou que em fase de liquidação de sentença, o perito apurasse o incremento de vendas do produto e, com base nessa informação, aferisse em que medida a exploração da imagem da atriz influiu no lucro obtido pelo interventor, seguindo os seguintes parâmetros para chegar ao montante a ser restituído: a) apuração do *quantum debeatur* com base no denominado lucro patrimonial; b) delimitação do cálculo ao período no qual se verificou a indevida intervenção no direito da imagem da autora; c) aferição do grau de contribuição de cada uma das partes mediante abatimento de valores correspondentes a outros fatores que contribuíssem para a obtenção do lucro, tais como experiência do interventor, suas

⁹⁶⁴ FRANCA, Bárbara Gomes Navas da; SCAFF, Fernando Facury. **A tutela civil do concorrente: a responsabilidade civil e suas consequências**. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 163.

⁹⁶⁵ KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaela. A aplicação do lucro da intervenção (disgorgement of profits) no direito civil brasileiro: um novo dano no campo da responsabilidade civil ou uma categoria do enriquecimento sem causa? *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 577-578.

qualidades pessoais e as despesas realizadas; e d) distribuição do lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica.⁹⁶⁶

No entanto, nos casos em que a exploração dos bens alheios se relacionem não ao concorrente diretamente mas sim aos terceiros, como são os abusos de direitos humanos na cadeia produtiva, deve-se promover a abertura das categorias jurídicas de acordo com as exigências e necessidades sociais, onde cumpre “a interpretação do lucro da intervenção como lucro cessante presumido porque a hermenêutica jurídica não pode estar adstrita à formalidade, mas sim alargada pela necessidade de proteção a alguns direitos, em especial os de personalidade, e pela substancialidade do ser humano e sua dignidade.” Desta forma, “deve-se lançar mão da interpretação embasada em critérios que melhor representem os princípios de equidade e justiça, igualmente considerando a potencialidade da ofensa e seus reflexos”, sem olvidar “a necessidade de se atribuir a vítima um montante superior ao ‘preço do consentimento’ (valor de mercado pelo uso indevido)”, o que se extrai do *leading case* alemão “Carolina von Monaco”, julgado pelo Tribunal Federal de Justiça da Alemanha, o que atende a função dissuasória da responsabilidade civil.⁹⁶⁷

Este entendimento do paradigma alemão encontra consonância no ordenamento jurídico brasileiro, onde a tutela dos interesses fundados em valores constitucionais não se limita a uma tutela de tipo negativo clássico, destinado a reprimir sua lesão, mas, sim, devendo abranger uma tutela negativa preventiva ou inibitória, para evitar situações potencialmente lesivas a tais interesses, bem como uma tutela positiva, comprometida em prover a sua máxima realização.⁹⁶⁸

Recepcionando o entendimento sobre os parâmetros do *quantum* indenizatório encontra-se o posicionamento do STJ ao analisar o caso de pirataria da empresa Microsoft, na qual a violação de *softwares* de sua propriedade, eram ilegalmente reproduzidos, sem o

⁹⁶⁶ ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 378-379.

⁹⁶⁷ O caso versa sobre a recusa da princesa Carolina de Mônaco em dar entrevista a um jornal local, o qual, mesmo assim, publicou uma entrevista falsa, com conteúdo inautêntico, ferindo o direito de imagem, privacidade e autonomia contratual da princesa. “O jornal foi condenado, a título de danos materiais, ao pagamento de uma indenização equitativa com base numa função dissuasória da responsabilidade civil. Apensar de não ter sido fixada uma indenização com base nos lucros ilícitos do jornal (disgorgement of profits), esse caso foi um divisor de águas, pois se iniciou um intenso debate sobre outras formas de indenização que não a meramente compensatória.” KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaela. A aplicação do lucro da intervenção (disgorgement of profits) no direito civil brasileiro: um novo dano no campo da responsabilidade civil ou uma categoria do enriquecimento sem causa? *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 567-568.

⁹⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de peração à diluição dos danos**. 5a ed., São Paulo: Atlas, 2013. p. 217.

respectivo pagamento dos seus direitos autorais. Na oportunidade, o julgado asseverou que somente a reparação pecuniária pelo equivalente ao valor de mercado da licença necessária para sua utilização seria insuficiente, pois as consequências do ato ilícito e do ato legalmente permitido seriam equiparadas. Sendo assim, para dar efetividade ao complexo sistema da responsabilidade civil onde transitam uma série de finalidades sociais, seria necessário não apenas o caráter compensador, mas, ainda, o inibidor da prática do ilícito. Desta forma, aplicando a teoria do desestímulo, a condenação ao simples pagamento do valor de mercado não corresponderia à indenização pelo dano causado e tampouco inibiria a prática dessa conduta, razão pela qual, o infrator foi condenado ao pagamento de indenização por danos materiais equivalente a 10 vezes o valor dos programas.⁹⁶⁹

Por meio do enriquecimento sem causa, portanto, tem-se medida eficiente para reagir ao lucro de ilícito na medida em que subtrai os resultados positivos do ilícito para o titular do direito que foi violado para a obtenção daquele proveito econômico.⁹⁷⁰⁹⁷¹ Nos atos de concorrência desleal, outrossim, se admite a combinação entre a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa - sob pena de se admitir uma zona descoberta de direito, em que o concorrente atuando deslealmente não sofra as consequências -, permitindo a reconstituição do *status quo* de leal concorrência.⁹⁷² Assim, é possível a propositura da ação por enriquecimento ilícito nos casos de concorrência desleal em que o bem jurídico explorado seja o do próprio concorrente, por exemplo, nos casos de atos confusórios, falsas afirmações, publicidade comparativa, violação de segredos, entre outros relacionados ao direito individual do próprio concorrente, uma vez que só nestas hipóteses é possível atribuir legitimidade a um determinado

⁹⁶⁹ BRASIL. AgInt no REsp 1455454/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 01/12/2017. No mesmo sentido: BRASIL. AgInt no REsp 1673606/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2018, DJe 06/12/2018.

⁹⁷⁰ FERREIRA, Sérgio Ricardo Savi. **Responsabilidade Civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção**. Rio de Janeiro: Atlas, 2012. p. 114.

⁹⁷¹ Em sentido semelhante, todavia, registre-se que a vítima da concorrência sobre bases ilícitas não é o concorrente lesado, mas sim terceiros que também podem ser indenizados: “Pois, “quando surge um problema de restituição do lucro obtido pelo autor da violação de um direito alheio, do ponto de vista metodológico, a solução não estaria no interno sistema de danos aquilianos, mas na técnica de solução do enriquecimento sem causa. [...] só assim haverá justificativa patrimonial para que a vítima receba, para além do ressarcimento dos danos, o valor dos lucros indevidamente obtidos pelo agente.” ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 102-103.

⁹⁷² LEITÃO, Adelaide Menezes. **Estudo de Direito Privado sobre a cláusula geral de concorrência desleal**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 180.

lesado para exigir a restituição do enriquecimento obtido à sua custa.⁹⁷³ (vide o *leding case* ‘Giovana Antoneli’ julgado pelo STJ), de forma proporcional ao seu *market share*. Nas hipóteses em que o *market share* se mostrar inadequado no caso concreto ou existirem mais concorrentes lesados individualmente, uma alternativa para aferir a proporcionalidade da restituição é analisar em que medida o enriquecimento se deu às custas do bem jurídico de cada concorrente para atribuição da indenização, conforme critérios dispostos nesta tese.

Outrossim, referente à aferição do enriquecimento sem causa relacionada ao abuso do direito de terceiros como ocorre nas violações de direitos humanos na cadeia produtiva, o produto do enriquecimento sem causa deverá se destinar à reparação dos danos às vítimas indiretas do abuso em termos da concorrência desleal e não aos demais concorrentes lesados (vítimas diretas da relação concorrencial). Ou seja, versando o ilícito sobre o abuso de direitos humanos ou qualquer outro bem social jurídico protegido pelo ordenamento jurídico, deverá ocorrer a reparação integral em favor das vítimas dos abusos praticados⁹⁷⁴ (e não aos concorrentes lesados), estando tal disposição em absoluta conformidade com as disposições constantes nos princípios Ruggie, por seus três pilares fundantes – proteger, respeitar e reparar⁹⁷⁵ – e, também, de acordo com orientação convencional da Corte IDH e dos valores constantes em nossa Constituição.

Pois bem, vale ressaltar que toda a releitura dos requisitos configuradores do instituto do enriquecimento sem causa está abrigada sob o manto da constitucionalização do Direito Civil, mais especificamente pelo princípio constitucional da solidariedade. [...]. O dano injusto não se identifica com a antijuridicidade, visto que a injustiça do dano não está na violação de direito ou norma, mas sim na lesão a interesse jurídico merecedor de tutela. Já os danos indenizáveis seriam aqueles relevantes segundo uma ponderação de interesses em jogo à luz dos princípios constitucionais. Nessa nova realidade, o operador do Direito não pode mais restringir com um mero juízo de licitude ao aplicar as regras do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil. É imprescindível que exista um prévio juízo de valores para que se verifiquem quais atos são merecedores de tutela. Fazendo esse juízo a partir dos princípios

⁹⁷³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **O enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto face à contraposição entre diferentes categorias de enriquecimento sem causa**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 731-732.

⁹⁷⁴ KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaela. A aplicação do lucro da intervenção (disgorgement of profits) no direito civil brasileiro: um novo dano no campo da responsabilidade civil ou uma categoria do enriquecimento sem causa? In TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 576-577.

⁹⁷⁵ Princípios Ruggie. 1. o dever do Estado de evitar abusos aos direitos humanos por parte de terceiros, incluindo as empresas, por meio de políticas, regulamentos e julgamentos apropriados; 2. a responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos, realizando auditorias para o fim de evitar violações a direitos de outrem e abordar os impactos negativos com os quais as empresas se envolvem; 3. a necessidade de maior acesso das vítimas à reparação efetiva por meio de ações judiciais e não judiciais.

constitucionais, pode-se chegar à conclusão de que manter no patrimônio do ofensor esse lucro, que foi ilicitamente obtido pela intervenção em bens/direitos alheios, vai de encontro ao interesse da coletividade e, por isso, não deve ser tutelado. Deve-se dar primazia ao interesse coletivo, por meio da preservação de institutos, tais como o contrato, a propriedade e os direitos da personalidade, que são todos fundamentais para a vida em sociedade. Além da obrigação do infrator restituir o lucro da intervenção justificar-se pelo princípio constitucional da solidariedade, a manutenção desse lucro na sua esfera jurídica contribuiria para a competição desmedida em busca do lucro e isso vai de encontro ao projeto de uma sociedade livre, justa e solidária, projetada pela carta constitucional.

Com relação à legitimidade ativa, a ação de enriquecimento sem causa poderá ser proposta de maneira autônoma ao dano direto, por qualquer um dos que figurem interessados na reparação do ilícito por intervenção: o concorrente lesado, as vítimas indiretas ou seus substitutos processuais (por exemplo, associações e a defensoria pública nos termos do art. 185 do CPC) ou o Ministério Público. Se a relação se instaurar por iniciativa exclusiva do concorrente lesado, este deverá indicar as vítimas para que, querendo, por si ou por substitutos processuais, integrem o polo ativo da lide e colacionem novos argumentos à petição inicial, nos termos do art. 127 do CPC. Tratando-se de violação de direitos indisponíveis, como são os direitos humanos, na ação de enriquecimento sem causa, o Ministério Público deverá intervir na defesa dos interesses e direitos sociais indisponíveis, enquanto fiscal da ordem jurídica, nos termos do art. 178, inc. I do CPC.

Com relação à legitimidade passiva, nos termos do art. 942 do CC, todos os responsáveis pela ofensa responderão solidariamente pela reparação. Assim, uma vez condenado(s) o(s) concorrente(s) lesante(s), o Estado, no exercício jurisdicional do magistrado, deverá impor obrigações e fiscalizar (com a intervenção das partes e/ou substitutos processuais e do Ministério Público), a reparação dos danos às vítimas como forma de não repetição das violações, com medidas concretas de reparação⁹⁷⁶, não apenas com obrigações de pagar, mas

⁹⁷⁶ TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos? *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 321-353, 2017. p. 325.

principalmente, fazer e de não-fazer⁹⁷⁷, determinando a adoção de todas as medidas necessárias para que a execução seja eficaz⁹⁷⁸, sem prejuízo da fixação de danos morais coletivos.⁹⁷⁹

O dano moral coletivo também pode assumir o formato de um *disgorgement*, quando a avaliação do ilícito tenha em consideração os ganhos auferidos pelo infrator com a prática da conduta ofensiva de natureza transindividual. Por meio da técnica *skimming off*, se exclui o lucro ilegítimo que realiza o cálculo da quantificação do dano moral coletivo a partir da estimativa do saldo positivo decorrente da transgressão coletiva. Para a contenção destes comportamentos ilícitos, deve-se levar em consideração apenas o critério da gravidade da lesão, pois na operação *skimming off* a culpa ou a condição global são irrelevantes para a constatação do comportamento antijurídico perante interesses sociais relevantes e a apuração das vantagens econômicas auferidas.⁹⁸⁰

4.1.6.4 As necessárias ponderações utilitárias a respeito do *enforcement* privado e inafastabilidade da tutela pública

Apesar do desenvolvimento seniano acerca do compromisso ético da atividade empresarial, não se pode ignorar que, por ora, prevalece a presunção de que as partes privadas só iniciarão procedimentos litigiosos se os benefícios privados superarem os custos privados, pois os custos dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins e as consequências

⁹⁷⁷ COERLHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção Internacional dos direitos humanos: a Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 108.

⁹⁷⁸ CALDERÓN GAMBOA, Jorge F. **La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano**. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de la Nación, 2013. p. 146-219. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2021. p. 172-183.

⁹⁷⁹ “Em anos posteriores, havendo mudança substancial em sua composição, o Tribunal da Cidadania caminhou para o sentido de admitir a reparação dos danos morais coletivos, sendo essa a posição que prevalece na atualidade, notadamente nas Turmas de Direito Privado. Demonstrando ser essa a posição atual do Superior Tribunal de Justiça, da Edição n. 125 da sua ferramenta Jurisprudência em Teses, publicada no ano de 2019 e dedicada à responsabilidade civil por danos morais, retira-se a seguinte afirmação de número 2: “o dano moral coletivo, aferível *in re ipsa*, é categoria autônoma de dano relacionado à violação injusta e intolerável de valores fundamentais da coletividade” [...]. Para encerrar os exemplos sobre os danos sociais, merece destaque acórdão da mesma Corte Superior, publicada no seu Informativo n. 618, segundo o qual “a conduta de emissora de televisão que exhibe quadro que, potencialmente, poderia criar situações discriminatórias, vexatórias, humilhantes às crianças e aos adolescentes configura lesão ao direito transindividual da coletividade e dá ensejo à indenização por dano moral coletivo”. Nota-se mais uma vez a utilização do termo dano moral coletivo, quando o certo seria falar em dano social, pois toda a coletividade foi atingida. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 524; 538.

⁹⁸⁰ ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 523-524.

econômicas das intervenções jurídicas se encontram baseadas nas ideias de valor, utilidade e eficiência⁹⁸¹, ou seja, uma perspectiva funcional dos fatos jurídicos.⁹⁸² As partes privadas só apresentarão ações judiciais se os benefícios privados de o fazer – considerado o resultado útil do processo – forem maiores que os custos privados de natureza econômica – desconsiderando a relação sistemática dos benefícios sociais – que também compreendem os danos sofridos por indivíduos que não fazem parte do processo e outras perdas que não podem ser atribuídas às partes litigantes. Desta forma, ao se alinhar os incentivos privados - econômico e social - para processar as perdas causadas pelos infratores concorrenciais devem ser compensadas de maneira integral, de forma punitiva e compensatória, para forçá-las a internalizar os efeitos negativos do bem-estar de seu comportamento lesivo e, desta forma, obter práticas constitucionalmente desejáveis.

Submetida a demanda ao crivo judicial, os incentivos podem ser encontrados, por exemplo, na potencialidade lesiva da infração, no custo dos processos, no tempo razoável de duração, procedimentos probatórios (presunções *prima facie* e inversões de ônus probatório), legitimidade ativa para o pleito de responsabilizações e recebimento das respectivas

⁹⁸¹ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 93.

⁹⁸² [...]. Second, the victim might suffer from what is known in the economic analysis of law as „rational apathy“. This means that the victim might find it too expensive to bring a suit against the tortfeasor, when comparing the costs to the expected outcome of the trial. This problem might occur especially in situations where the losses are scattered over many victims. The total losses however might be substantial so that it would be socially advantageous if the tortfeasor would be held liable after all. [...]. Punitive damages may induce a potential injurer to seek a voluntary transfer rather than to commit the tort, if liability including punitive damages is more costly than seeking the voluntary transfer. Without these punitive damages, the injurer could decide to commit the tort after all, if compensatory damages fall short of his private gain. Given the difficulties in correctly assessing damages, the private loss to the victim, however, might exceed the gains to the injurer, so that the involuntary transfer lowers social welfare. If only a voluntary transfer would have been possible, this problem would not occur, because the transfer then only takes place if the potential buyer values the entitlement higher than the potential seller. [...]. The idea that punitive damages also serve to overcome the problem of rational apathy is present in the concept of treble damages in American antitrust law. and in the European debate on the possibility of double damages in EC antitrust law. The prospect of being able to collect more than just compensatory damages might induce victims of law infringements to bring a suit, even though the costs outweigh the expected compensatory damages. Sebok in his report on the United States mentions that punitive damages can serve the goal of compensating costs which might not be covered by compensatory damages. This statement fits well into the idea of overcoming the rational apathy problem, by increasing the expected benefits of a lawsuit. It should be noted that, in as far as punitive damages are indeed able to ameliorate this problem, the probability of being held liable increases, and the damage multiplier should be reduced proportionally to avoid over-deterrence. A different way of putting the argument is this: Victims who claim damages in essence serve the social goal of deterrence. However, starting a lawsuit entails costs, which are privately borne. This might lead to too few lawsuits being brought. Increasing the expected damages of victims by awarding punitive damages may solve this problem. VISSCHER, Louis T. Economic analysis of punitive damages. *In*: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. **Punitive damages: common law and civil law perspectives**. Vol. 25. Vienna: Springer, 2009. p. 219/236. p. 224-226.

indenizações (vítimas – concorrentes e consumidores), legitimidade passiva solidária entre aqueles que contribuíram para os danos, amplitude punitiva para compensação efetiva das indenizações e, por fim, efetividade do processo de execução para garantir o resultado útil do processo.

Por este ângulo, o cálculo de custo-benefício privado não tem relação sistemática com os custos e benefícios sociais, que também compreendem danos sofridos pelas outras vítimas (demais concorrentes, coletividade e os consumidores), que, por seu turno, só poderão ser atribuídos individualmente. Neste sentido, inexistindo perspectivas de ganhos econômicos suficientes para cobrir os custos privados, a vítima não terá incentivo para investir em litígios dissuasórios, fenômeno conhecido como apatia racional, impossibilitando a responsabilização do causador.

Assim, pode-se afirmar que a responsabilidade civil (e a tutela inibitória) serão suficientes para a remoção das consequências do ato apenas se o prejuízo do(s) concorrente(s) lesado(s) for maior ou igual ao lucro auferido pelo autor do ilícito, pois nesta situação haveria completa reparação dos bens jurídicos tutelados com o consequente impedimento do infrator de se locupletar do ilícito. Por outro lado, quando o prejuízo dos concorrentes lesados for inferior ao lucro do lesante, haverá insuficiência da responsabilidade para restituir as partes ao estado anterior do ilícito⁹⁸³, na medida em que o *status quo ante* a ser considerado é aquele em que remove completamente as vantagens competitivas obtidas por meio de bases ilícitas e lhe extraem todos os benefícios econômicos que lhe são peculiares, inclusive, ganhos reputacionais e frações do *market share*.

Uma forma de aumentar o alcance seria através de ações coletivas (art. 81, parágrafo único, III da Lei 8.078/1990)⁹⁸⁴, uma vez que o ato concorrencial sobre bases ilícitas fundado em abuso de direitos humanos atinge direitos individuais homogêneos e, inequivocamente, há manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou características do dano, bem como pela relevância do bem jurídico protegido.

Em termos de funções remediais no direito privado é difícil isolar um objetivo puramente compensatório com a exclusão de qualquer outro desiderato,

⁹⁸³ FRANCA, Bárbara Gomes Navas da; SCAFF, Fernando Facury. **A tutela civil do concorrente: a responsabilidade civil e suas consequências**. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 158-159.

⁹⁸⁴ Para maior desenvolvimento do tema das ações coletivas, apesar de se pautar sob o enfoque da tutela protetiva dos consumidores, vide o tópico 3.2.3.

particularmente a função de desestímulo. *Class actions* foram introduzidas para aperfeiçoar o acesso à justiça de litigantes cujas perdas dificilmente seriam recuperadas individualmente pelo ofendido. A propensão para que partes múltiplas se unam em um só procedimento se justificam pela eficiência e economia judicial. Destarte, justificar *class actions* exclusivamente em fundamentos compensatórios de danos não reflete adequadamente o potencial das ações coletivas para o alcance de outros objetivos. São variadas as razões que movem procedimentos de *class actions*, refletindo o tamanho da classe e a diversidade de seus membros. A diversidade de remédios, portanto, refletirá a diversidade de fatores motivacionais representados pela classe. Em procedimentos em que as quantias atribuídas a cada particular são baixas, os fatores motivacionais transcendem à compensação, predominando objetivos, como, ilustrativamente, a finalidade de aperfeiçoamento de comportamentos por parte do demandado.

Com efeito, *class actions* não podem ser consideradas como ‘remédio’ em sentido estrito, mas vêm se tornando extremamente populares, inclusive, como forma de sancionar os *trifle damages*, que normalmente são desprezados, pela ‘apatia racional’ das vítimas em casos de danos insignificantes e dispersos.⁹⁸⁵

No abuso de direitos humanos como ato anticompetitivo salienta-se o caráter dúplice da medida, imediatamente a livre iniciativa e concorrência para os concorrentes e mediatamente os direitos humanos violados das vítimas do abuso e o direito de escolha dos consumidores. Nesta circunstância, devidamente proposta por associação representativa de classe, a demanda coletiva pode obter indenização em valor suficiente para se considerar removido o lucro ilícito e, posteriormente, direcionar o seu produto aos concorrentes tutelados pela associação representativa.⁹⁸⁶ Sendo assim, para situações em que os danos forem insignificantes individualmente, há espaço para aplicação do modelo do *disgorgement*.⁹⁸⁷ Frise-se, a ação coletiva pode ser utilizada tanto pelas vítimas imediatas (concorrentes) quanto pelas vítimas mediatas (trabalhadores/consumidores, etc.), buscando, cada qual, a compensação pela violação do seu bem jurídico violado.

Outra hipótese que se encontra à disposição dos lesados é o *fluid recovery*, sugerida para as situações em que os danos patrimoniais são mínimos, porém, pulverizados, ou seja, afetando

⁹⁸⁵ ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 532-533.

⁹⁸⁶ FRANCA, Bárbara Gomes Navas da; SCAFF, Fernando Facury. **A tutela civil do concorrente: a responsabilidade civil e suas consequências**. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 155.

⁹⁸⁷ “[...]. Muitas vítimas sequer possuem noção da ocorrência dos prejuízos. Nada obstante, o dano à sociedade como um todo ou a um específico grupo pode ser excessivo, pois um significativo número de pessoas é atingido e o lucro dos ofensores é de grande magnitude. Acessar a extensão desses danos e identificar as vítimas é uma tarefa problemática, sobremaneira diante do paradigma clássico do acesso individual à justiça, pela via da indenização compensatória. [...] uma empresa engana consumidores através de publicidade enganosa; um cartel horizontal se refere a danos insignificantes sofridos por várias pessoas. Nesta senda, há um profícuo espaço para aplicação do modelo do *disgorgement*.” ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 533-534.

um considerável grupo de vítimas. Nessa circunstância, considerando que os lesados são titulares de direitos individuais homogêneos contra a concorrência ilícita, seria admissível uma tutela coletiva. No entanto, mesmo com o êxito das ações coletivas, a problemática se dá quando os beneficiários individuais não liquidam seus proveitos integralmente, nos termos do art. 100 do CDC. Nesta circunstância, se remanescer saldo não reclamado pelo prazo de um ano (sem habilitação de interessados), a indenização é destinada para um fundo (*cy-près*), justamente para garantir que o lesante não saia incólume/com lucros de determinada prática lesiva. Outra solução é a imposição de uma redução ou reversão de preços (*price rollback*) de algum produto comercializado pelo causador do dano mediante a absorção daquele saldo, até que se dê todo o resgate do lucro ilícito.⁹⁸⁸ Desta maneira, as *class actions* oferecem a dissuasão dos infratores, evitando que se recuperem os ilícitos lucrativos em razão de deficiências procedimentais, forçando a internalização dos custos de qualquer dano que possa ser resultante de ato ilícito, inclusive com a restituição dos lucros obtidos com a conduta indevida por meio da constituição de um fundo específico.

Nada obstante, apesar da evolução teórica e abrangência quantitativa da *class actions*, deve-se consignar que o uso destas para situações semelhantes é, no mínimo, pouco explorado no Brasil, havendo espaço para que se estabeleça uma melhor organização associativa para fins de representação efetiva daqueles que se encontrem lesados por atos desleais. Outrossim, mesmo com grande representatividade, remanescerá provável possibilidade de nem todos os lesados serem representados pelo substituto processual em questão, mas apenas seus associados, de modo que sobrarão lacunas absolutamente relevantes no que tange à efetiva reparação das vítimas não representadas pelo substituto processual e também das vítimas mediatas (por exemplo, trabalhadores ou consumidores), razão pela qual o reconhecimento do enriquecimento sem causa através da *disgorgement of profits* é imprescindível para que se compatibilize a dupla função da caracterização da concorrência desleal, em favor do concorrente e dos demais bens jurídicos e agentes econômicos tutelados pelo mercado.

Assim, independentemente de a ação ser individual ou coletiva, não abrangidas todas as vítimas o agente infrator estimará as possíveis perdas inerentes à sua condenação dado o contexto de mercado em que se encontra inserido, o que pode se agravar ainda mais se este

⁹⁸⁸ ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 535-537.

detiver posição de dominância (geográfica ou econômica), confrontando-as com os benefícios previsíveis que a concretização da atividade ilícita pode gerar. Ou seja, sem que a sanção administrativa ou privada seja suficientemente maior do que os resultados do ilícito, o agente permanecerá maximizando seus próprios interesses, considerando o “retorno esperado com a atividade ilícita *vis a vis os riscos envolvidos*, incluindo a probabilidade de captura e a severidade da pena”⁹⁸⁹, não tendo incentivos para mudança do seu comportamento e perpetuando a transgressão às regras do direito⁹⁹⁰, razão pela qual deve-se perquirir outras soluções para que haja a total remoção dos ganhos competitivos ilícitos (economia de recursos ou aumento patrimonial) e o conseqüente reestabelecimento do *status quo ante*.⁹⁹¹

Por estas razões que a regulação privada deve ser vista de modo complementar e não excludente à regulação pública, pois (i) atraem recursos privados para o processo de execução e, portanto, complementam a execução pública, que mesmo admitindo a sua competência, será incapaz de lidar com todos os casos dignos de atenção, especialmente, com relação aos efeitos nocivos das práticas antitrustes no mercado concorrencial; (ii) a atuação jurisdicional dos Tribunais aumentará o número de aplicadores da lei e, portanto, pode gerar um efeito de dissuasão adicional, especialmente se as empresas forem conduzidas a evitar infrações às regras da concorrência quando estiverem sob o risco de pagar danos às vítimas (que podem ser

⁹⁸⁹ BATTESINI, Eugênio; FRADERA, Vera Maria Jacob de; BALBINOTTO NETO, Giacomo. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da Responsabilidade Civil no Brasil. 450 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2010. p. 57-58.

⁹⁹⁰ LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012. p. 108-109.

⁹⁹¹ “Lucro por intervenção. Deve-se, ainda, recusar a utilização de eventual benefício econômico obtido pelo ofensor que não corresponda, na mesma medida, ao dano sofrido pela vítima, como critério de quantificação do dano moral. Na hipótese de o lucro auferido pelo agente ser superior ao dano causado, não cabe à responsabilidade civil o papel de impedir que o agente o conserve em seu patrimônio, e outro instituto deverá ser chamado a atuar. O instituto que melhor desempenha referida função de forma mais abrangente é o enriquecimento sem causa por lucro da intervenção, cujo escopo reside, precisamente, na retirada, do patrimônio do interventor, do lucro obtido a partir da intervenção injustificada em direitos ou bens alheios. Na tentativa de eliminar esse cenário, a jurisprudência, lastreada em parte da doutrina, lança mão da responsabilidade civil, e atribui ao dano moral caráter punitivo/pedagógico, utilizando o benefício ilegitimamente auferido pelo agente como um dos parâmetros para a quantificação da indenização. Referida solução, todavia, conquanto imbuída das melhores intenções, mostra-se incompatível com a estrutura e a função contemporâneas da responsabilidade civil no direito brasileiro, qual seja, a reparação da vítima.” TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil**. responsabilidade civil. v. 4. Rio de Janeiro: Forense 2020. p. 47. No mesmo sentido: “O caso demonstra claramente uma dessas brechas que permite a um grande grupo da mídia enriquecer-se pela violação do direito de outrem, internalizando os custos de possível indenização no mesmo balanço que acolherá a receita, muito maior, que resultará daquele ilícito. Mesmo em países que, como a Inglaterra limitado as hipóteses de danos punitivos, ocorrência de ilícito lucrativo ainda é uma falha do sistema que legitima uma aplicação do instituto. LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012. p. 51.

concorrentes lesados ou as vítimas mediatas, por exemplo, consumidores e trabalhadores) dos atos ilícitos.

Na regulação pública concentrada em regulação *ex ante* e *ex post*, com a disponibilidade de variadas medidas e sanções administrativas, a autoridade antitruste pode atingir resultados mais precisos e satisfatórios em termos de dissuasão, por exemplo, em casos de condutas concentradas (cartéis *hard-core*), pois as partes privadas podem não perceber que estão sendo prejudicadas e podem enfrentar dificuldades para provar o tamanho do dano e a ligação causal entre a infração e o dano. Sendo assim, as autoridades da concorrência, com amplo poder investigativo, possuem condições técnicas para aferir e punir a conduta antitruste, em contraposição à ação privada, onde a indenização não se encontra relacionada com o ganho dos infratores, mas sim com o prejuízo das vítimas (concorrentes), tornando a ação privada pouco atrativa e com baixo poder dissuasório. Além disto, a regulação pública permite o uso de variadas sanções, além de multas administrativas e responsabilidade criminal, que podem levar a efetiva mudança comportamental.⁹⁹²

Com a disponibilidade de várias ferramentas legais, cumprirá às vítimas, a partir de critérios como tipo de sanção considerada adequada, a existência de informações - se dependem ou não de dilação probatória - sobre a conduta ilícita, o dano e o motivo (econômico e/ou social) para processar. Assim, dentro de sua competência, legitimidade e interesse, pode se satisfazer com a execução pública do órgão regulatório e/ou ingressar com a sua pretensão privada.⁹⁹³ Sendo assim, ao lado da proteção concorrencial pública, em âmbito nacional notadamente pelo Cade, os litígios privados, servem - nem sempre com a mesma razão/objetivo (econômico e/ou social) - ao propósito de deter os comportamentos socioeconômicos indesejáveis, sendo que ambos os sistemas de *enforcement* (regulação pública ou privada) podem ser utilizados em

⁹⁹² BERGH, Roger Van den. **Comparative competition law and economics**. USA: Edward Elgar, 2017. p. 385.

⁹⁹³ “De modo geral, a regulação se dá pelo mercado e, caso este não consiga regular de forma eficiente, surge a necessidade da regulação estatal o que também não é garantia de maior eficiência. Todavia, o Estado possui um conjunto de mecanismos para impor uma determinada conduta sob pena de sanções administrativas, algo que a regulação privada costuma não possuir como alternativa em caso de falhas de mercado. [...]. Daí porque dizer que a regulação é realizada com o intuito de corrigir falhas de mercado para promover a maximização da riqueza e da maior satisfação social, sem prejuízo de outras visões, como a de Amartya Sen (2010), o qual sustenta que, ao invés da busca pela riqueza social, a economia deveria buscar garantir as liberdades, enquanto a maximização da riqueza social seria apenas um instrumento para se alcançar o objetivo central. Seja como objetivo final, seja como instrumento, conclui-se que o ponto central da regulação é maximizar a riqueza e suas repercussões sociais.” GONÇALVES, Oksandro; SILVA, Ricardo Murilo da. *Enforcement privado, sanção reputacional e trabalho escravo.* **Revista chilena de derecho del Trabajo y de la seguridad social**. Chile: Vol. 11 Núm. 21, pp. 117-134, Primer Semestre/2020. p. 123.

graus variados, de acordo com a orientação legislativa e seus incentivos intrínsecos e extrínsecos, levando em consideração o objetivo pretendido (sanção administrativa e/ou indenização), a existência de informações disponíveis para as partes ou mediante investigação e o motivo privado e/ou social para processar.⁹⁹⁴

Outrossim, não se pode desconsiderar que a aplicação privada também possa gerar efeito adverso se utilizada de maneira estratégica e oportunista, com o intuito de se obter vantagens indevidas pelo concorrente “vítima”, para impedir que os rivais formem concorrência efetiva, para extrair indenizações de rivais bem-sucedidos (inclusive com o subterfúgio de demandas frívolas), melhorar disposições contratuais, impedir concentrações lícitas ou para imputar desvantagens reputacionais, o que pode ser ainda mais prejudiciais sob a égide da regra de ouro dos direitos humanos na atividade empresarial, cuja fundamentação é nuclear e causa impacto direto no bem-estar da coletividade, cumprindo ao Estado a adequada contemporização para desestimular demandas com este viés, pois além dos objetivos de eficiência para o mercado, os sistemas de *enforcement* também devem cumprir os requisitos da justiça, onde a punição deve refletir adequadamente a desaprovação social do comportamento anticompetitivo (justiça retributiva), o dano causado deve ser compensado (justiça corretiva) e os requisitos da justiça processual (segurança jurídica, proporcionalidade) devem ser respeitados⁹⁹⁵, desestimulando a prática de infração concorrencial⁹⁹⁶, especialmente para aquelas que ocorram sob bases ilícitas como são as violações de direitos humanos na cadeia produtiva.

⁹⁹⁴ BERGH, Roger Van den. **Comparative competition law and economics**. USA: Edward Elgar, 2017. p. 395.

⁹⁹⁵ BERGH, Roger Van den. **Comparative competition law and economics**. USA: Edward Elgar, 2017. p. 449.

⁹⁹⁶ “The rationale for private antitrust damages actions could be either compensation or deterrence. The goal of an enforcement system based on compensation is to restore injured parties to their position had the violation not occurred. The goal of an enforcement system based on deterrence is to identify some optimal level of violations that should be eliminated, and make the level of violations unprofitable by imposing costs on prospective violators”. HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy – The law of competition and its practice**. 2 ed., St. Paul. Minnesota: West Group, 1999. p. 645.

4.2 INCORPORAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO *CORE BUSINESS* POR MEIO DA AUTOTUTELA⁹⁹⁷ E OS REFLEXOS PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO

A visão de que a responsabilidade pelos direitos humanos compete primariamente aos Estados tem sido substancialmente alterada pelo peso da realidade que se confronta com a teoria jurídica, ganhando não apenas força retórica, mas, principalmente, embasamento jurídico para incluir deveres e responsabilidades às empresas, sobretudo frente às dificuldades e desinteresse dos países em fiscalizar e condenar práticas abusivas. Surgiram proposições para concretizar direitos humanos, denominadas ‘obrigacionistas’ e ‘voluntaristas’, polarizando discussões sobre os meios necessários para se extrair a contribuição dos agentes econômicos nesta arena. John Ruggie, enquanto relator especial para as Nações Unidas, desenvolveu um marco teórico sobre o tema e propôs a superação desta polarização, demonstrando que todos os agentes dentro de uma sociedade podem ser tanto protetores como violadores de direitos humanos. Assim, uma visão moderna nos obriga a superar esta ultrapassada polarização para implementar respostas efetivas aos anseios globais, onde cada agente deve estabelecer escolhas e criar mecanismos para viver de acordo ou sofrer as consequências.⁹⁹⁸

Half or more of the world’s largest economies are corporations. The impact of corporations in many people’s lives is substantial. Many people are corporate employees, either directly or indirectly through contractors and suppliers. In most

⁹⁹⁷ Esta tese não avança sobre outros meios de enforcement privado como são os selos ISO, por muitas vezes não serem dotados de segurança, credibilidade ou reconhecimento pelos consumidores. Por isto, se optou por discorrer sobre iniciativas que detenham maior força vinculante como são os contratos e seus mecanismos de enforcement. Sobre os selos ISO: “A regulação privada pode ser de dois modelos distintos, a auto regulação, em que as próprias empresas e associações empresariais produzem e monitoram o cumprimento de normas e o respeito a certos valores, e a regulação realizada pelos stakeholders, como os sindicatos, as ONGs, empresas de certificação, consumidores, entre outros. [...]. O modelo baseado em selos, como o ISO, são indicativos de uma reputação prévia, funcionando com base na teoria da sinalização, onde o agente econômico que o detém sinaliza para a comunidade em geral que atende os preceitos standard em vigor naquele determinado momento. Assim, a teoria da sinalização é útil em razão das informações assimétricas e contribui para reduzir os custos de transação, pois sinaliza ao mercado informações previamente levantadas retirando a necessidade de a contraparte buscar informações sobre aquele produto. A título de exemplo, tem-se a ISO 26000 que define parâmetros para reconhecimento da responsabilidade social de uma organização. [...]. Mesmo quando se tem um selo de qualidade, por exemplo, aquele que não o possui acaba também por ser punido, ainda que de forma indireta, pois a empresa que detiver o selo de qualidade gozará de maior confiança, como é o caso dos selos ISO. Também pode ocorrer de o referido selo, ou por ser criado por uma instituição sem credibilidade, ou pouco reconhecida, possa não ter grande relevância para os consumidores daquele produto no mercado. GONÇALVES, Oksandro; SILVA, Ricardo Murilo da. Enforcement privado, sanção reputacional e trabalho escravo.” **Revista chilena de derecho del Trabajo y de la seguridad social**. Chile: Vol. 11 Núm. 21, pp. 117-134, Primer Semestre/2020. p. 120; 125.

⁹⁹⁸ GOUVÊA, Carlos Pagano Botana Portugal; GÄRNER, Bruna Magalhães; GUERRA, João Paulo Braune. Governança corporativa e direitos humanos: uma análise empírica no novo mercado. **Homa Publica Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas**, Juiz de Fora, v. 3, n. 2. p. 139-158, 2019. p. 142.

developed countries, corporations own and control a significant portion of the productive resources, middle- and upper-income populations are existing customers while 'base of the pyramid' populations are increasingly being targeted as customers, and many citizens are neighbors of corporation operations. (...). The enquiry into the human rights obligations of corporations is all the more vital because, at the current stage of globalization, governments who are traditionally viewed as the protectors of human rights, are often becoming less likely or able to fulfill this role. (...). The ideology of free markets and deregulation and the competitive pressures of global markets restrict the ability of governments to ensure corporate activities do not harm people's rights. (...). There is clearly a need to establish the nature of corporate obligations with respect to human rights, not just in cases in which the corporation is directly involved, but also in cases where corporations operate in societies with significant human right issues.⁹⁹⁹

Uma proposta protetiva efetiva em termos de responsabilidade social (e ambiental) deve ser capaz de conduzir a um realinhamento verdadeiro da atividade empresarial, com a proteção e promoção indissociável de propósitos socioeconômicos, superando as premissas utilitárias do lucro pelo lucro¹⁰⁰⁰, aprofundando e sedimentando a compreensão de que a ética se encontra em valores mais profundos do que compreendia Richard A. Posner quando a exemplificou como sendo o direito de o administrador de uma empresa não ser processado/punido pelos

⁹⁹⁹ BISHOP, John Douglas. The Limits of Corporate Human Rights Obligations and the Rights of For-Profit Corporations. **Business Ethics Quarterly**, Vol. 22, No. 1, Human Rights and Business, pp. 119-144, 2012. p. 121.

¹⁰⁰⁰ "Undoubtedly, the law and economics jurisprudence has been dominant in the US legal jurisprudence for decades. This dominance has far reaching effects on academia, judicial decisions and the law making process generally. The dominance has also had a far reaching effect on the aspirations of the advocates of CSR. The Chicago school or neo-classical school of law and economics is widely regarded as the most influential within the economic analysis of law. At the heart of the school's economic analysis of law are three important propositions. The first is the proposition based on Adam Smith's idea that a free market unfettered by anything more than minimal state intervention is the most effective. The second is the standard economic assumption that humans are rational maximisers of their own satisfaction not only in the market but also in non-market spheres. The rational person faced with competing alternatives would employ a paradigm which compares marginal cost with personal benefit and will choose the course each best maximizes his satisfaction or utility. The rational actor would continue on the same until the marginal benefit is perceived to be greater than the marginal cost. Third is the concept of 'efficiency as justice', which states that the 'analysis of legal rules and legal decision-making should be evaluated from the perspective of economic efficiency. There are two major paradigms of this proposition: Pareto efficiency and Kaldor-Hicks efficiency. Pareto efficiency is deemed by major proponents of the Chicago school to be inapplicable to legal analysis. Simply put, according to the Pareto efficiency paradigm an activity would be regarded as efficient if one person can be made better off by it without making anyone worse off. The Kaldor-Hicks efficiency is the favored paradigm. This paradigm focuses on wealth maximization and serves as the theoretical basis of cost-benefit analysis. According to the paradigm it would not matter that an allocation of resources make some persons worse off, as long as those made better off by the allocation would be in a position theoretically to compensate those who have been made worse off. In such a situation, the allocation is considered efficient or wealth maximizing. As Haugh pointed out the criterion is only hypothetical, there is no suggestion that those made better off should compensate those made worse off. The effect of this analysis on this discourse is the view that corporate law requires managers to pursue the single aim of the maximization of stockholders profits. (...) The effect of this approach is to effectively exclude corporate social responsibility from the ambit of corporate law." AMAO, Olufemi. **Corporate Social Responsibility, Human Rights and the Law: Multinational corporations in developing countries**. London: Routledge, 2011. p. 72-73.

acionistas se deixasse de obter lucros por agir eticamente não explorando economicamente lacunas legislativas relacionadas aos direitos sociais:

A more difficult question has to do with a Corporation's on obeying laws. From a strict shareholder standpoint, it might seem that corporate managers should obey the law only when the expected costs of violating it would exceed the expected benefits, so that managers would have a duty to their shareholders to disobey the law, perhaps especially in countries in which law enforcement is very weak, a country, for example, that had a law against child labour but was unable to enforce the law. This would be a case of a pure clash between ethical and profit-maximization duties. My view is that, given external (i.e., social as distinct from private) benefits of compliance with law, the ethical argument should prevail, so management, by failing to violate the law even when it could get away with it, was violating its fiduciary duty to shareholders. Another argument based on an externality, an argument that lies behind the law that forbids U.S. firms to engage in bribery abroad, even in countries where bribery is extremely common, is that reducing the amount of bribery in those countries will benefit U.S. firms in the long run by making the markets in these countries more open, to the advantage of efficient firms. The fact that it will sometimes be in the shareholder interest for management to violate the law provides, moreover, a ground for punishing corporate managers sufficiently severely for corporate crimes that the punishment is not offset by shareholder gains for which the managers could be expected to be rewarded.¹⁰⁰¹

Não apenas em nosso ordenamento jurídico, a existência do dilema ético compreendido por Richard A. Posner e Gary S. Becker encontra-se - ou deveria encontrar-se - derivando no passado. Na atualidade, os princípios da solidariedade e justiça social irradiam para toda a ordem econômica de modo que a exploração da atividade privada só é possível se tiver por fundamento a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, cuja finalidade é assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social¹⁰⁰² (vide tópico 2.6.1). No caso ilustrado acima, portanto, a ponderação ética não recai de tal forma ao administrador no cumprimento de interesses puramente lucrativos dos acionistas, pois o conceito de pessoa (inclusive daquelas sujeitas às lacunas legislativas, propositais – *race to the bottom* - ou não) é inseparável da solidariedade: ter cuidado com o outro faz parte do conceito de pessoa. Esta

¹⁰⁰¹ BECKER, Gary Stanley; POSNER, Richard A. **Uncommon sense: economic insights, from marriage to terrorismo**. The University of Chicago Press: Chicago, 2009. p. 195.

¹⁰⁰² Sobre justiça social, conforme: BRASIL. STF. ADI 319 QO, Relator(a): MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/1993, DJ 30-04-1993. “Portanto, embora um dos fundamentos da ordem econômica seja a livre iniciativa, visa aquela a assegurar a todos existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social, observando-se os princípios enumerados nos sete incisos deste artigo. Ora, sendo a justiça social a justiça distributiva – e por isso mesmo é que se chega à finalidade da ordem econômica (assegurar a todos uma existência digna) por meio dos ditames dela -, e havendo a possibilidade de incompatibilidade entre alguns dos princípios constantes dos incisos desse artigo 170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, evidentemente, que se lhes dê sentido para que se possibilite a sua conciliação a fim de que, em conformidade com os ditames da justiça distributiva, se assegure a todos -, e portanto, aos elementos de produção e distribuição de bens e serviços e aos elementos comuns deles – existência digna”.

solidariedade, no aspecto Constitucional exprime a cooperação e a igualdade na afirmação de direitos fundamentais de todos, sem conceber um interesse superior ao seu pleno e livre desenvolvimento, relacionando-se aos conteúdos de igualdade e dignidade social. Nos seus desígnios mais avançados, a dignidade é conferida como um instrumento a cada cidadão e se encontra inerente à qualidade de homem. Desta forma, não se pode exigir igual dignidade entre aqueles que possuem possibilidade de escolher o trabalho de acordo com a própria vocação/interesse e quem, ao contrário, não se encontra em mesmas condições. Assim, se se postula que em uma mesma comunidade existam pessoas com maior dignidade do que outras, não há dignidade.¹⁰⁰³ Portanto, as proclamações éticas, em nosso sentido constitucional não impedem a obtenção do lucro, todavia, são opostas à exploração do lucro através de derivas legislativas que se encontram – ou possam repercutir – nas pessoas.

A compreensão ética do desenvolvimento empresarial coincide com os anseios globais de uma sociedade igualitária e justa, não podendo mais ser (des)considerada por se tratar de mera retórica. A implementação de políticas de responsabilidade social, desta maneira, não pode mais ser compreendida como um custo desnecessário, há uma crescente consciência social que leva impactos reputacionais aos negócios e impõem medidas ativas aos Estados, obrigando todos a reverem suas posições para se manterem economicamente competitivos. No mercado brasileiro, no entanto, além das lacunas já registradas por esta tese, pesquisas empíricas revelaram ser baixo o grau de comprometimento das empresas com práticas de governança corporativa em relação à implementação voluntária de esquemas institucionais de promoção de direitos e prevenção de violação, solidificando o estágio de indiferença social ora vivenciado.

A pesquisa publicada em 2019 foi realizada para identificar as práticas das empresas brasileiras com relação aos direitos humanos, através da análise de documentos de companhias abertas registradas perante a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), buscando identificar quantas companhias apresentavam programas de direitos humanos entre os anos de 2013-2017. Em 2013, no site BM&Bovespa encontravam-se listadas 127 empresas. A pesquisa se desenvolveu por meio de análise dos Formulários de Referência, registrados junto à CVM, com o objetivo de compreender que tipos de políticas de direitos humanos tinham sido adotadas e em quais delas havia direta ligação com a promoção de direitos (regras que conduziam a

¹⁰⁰³ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 459-464.

empresa a garantir tais direitos e iniciativas de respeitá-los e protegê-los). Constatou-se que 14 (quatorze) empresas fizeram referência à expressão, sendo que a maioria apenas ditava deliberadamente o termo ‘direitos humanos’ ao fazer referência a metas programáticas ou referência a acordos internacionais assinados. Destas 14 (quatorze), pode-se dizer que apenas 03 (três) empresas apresentavam métodos “efetivos e políticos minimamente delineados”. Dentre estas, apenas a Magazine Luiza estabelecia a previsão de rescisão do contrato com empresas que compactuassem com a violação de direitos humanos. TIM e Valid, elaboraram rol de direitos essenciais para trabalhadores e sanções por descumprimento.¹⁰⁰⁴

Em 2017, foram analisadas 128 empresas listadas, constatando-se que 22 (vinte e duas) empresas mencionaram ‘direitos humanos’, representando um aumento percentual aproximado de 57% (cinquenta e sete por cento). Destas, 22 (vinte e duas) foram analisados por seus Formulários de Referência, onde uma minoria (04 empresas) apresentava propostas efetivas ou minimamente estruturadas para a implementação dos Direitos Humanos, apenas mencionando o termo com referência à programas internacionais ou de forma genérica, sem especificar o que a companhia de fato realizaria para a promoção e proteção. Destacando a Engie Brasil com um modelo estruturado de política de direitos humanos, a Magazine Luiza e a Natura Cosméticos prevendo a quebra de contrato com empresas que compactuem com violações de direitos humanos e a TIM com a lista de direitos essenciais de trabalhadores e sanções em caso de descumprimento. Em conclusão, comparativamente aos anos de 2013-2017, constatou-se que o número de empresas que desenvolviam políticas de direitos humanos, proporcionalmente, diminui de 21% em 2013, para 18% em 2017, revelando um desinteresse e/ou despreparo do ponto de vista de governança corporativa.¹⁰⁰⁵

Com os elucidativos resultados apontados acima, na sequência, pretende-se abordar como as iniciativas voluntárias são recepcionadas pelo nosso ordenamento jurídico e como

¹⁰⁰⁴ GOUVÊA, Carlos Pagano Botana Portugal; GÄRNER, Bruna Magalhães; GUERRA, João Paulo Braune. Governança corporativa e direitos humanos: uma análise empírica no novo mercado. **Homa Publica Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas**, Juiz de Fora, v. 3, n. 2. p. 139-158, 2019, p. 145-150. Em conclusão, se apontou: “Muito embora as empresas já considerassem os benefícios que a divulgação societária de políticas mais humanitárias de gestão poderiam trazer, ou pelo menos os prejuízos e riscos que poderiam mitigar, ainda não haviam aderido a uma modificação efetiva de suas práticas - a esmagadora maioria, apesar de mencioná-las nos documentos públicos analisados, limitavam-se a fazer alusões a diretrizes abstratas e tratativas internacionais, nada dizendo sobre a existência ou desenvolvimento de ferramentas corporativas de efetivação concreta.”

¹⁰⁰⁵ GOUVÊA, Carlos Pagano Botana Portugal; GÄRNER, Bruna Magalhães; GUERRA, João Paulo Braune. Governança corporativa e direitos humanos: uma análise empírica no novo mercado. **Homa Publica Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas**, Juiz de Fora, v. 3, n. 2, p. 139-158, 2019. p. 150-154.

devem ser implementadas pelas empresas para gozarem de legitimidade, validade e eficácia perante a cadeia de fornecimento em prol da promoção, proteção e reparação em matéria de direitos humanos.

Desde já consigna-se que, no caso de informações voluntárias disponibilizados por empresas ao mercado (por meio de códigos de conduta, contratos, entre outros), pode-se considerar superada a dicotomia de abordagens protetivas (obrigatória e voluntária), permitindo-se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro deduz capacidade para se denominar de proteção híbrida (multi-protetivo), pois conjuga o *enforcement* público (normatização *erga omnes*) com repercussão nas atividades empresariais privadas (e.g. regulamentadas pelo direito concorrencial e civil-contratual), podendo se aliar às propostas *inicialmente* voluntárias – que, devidamente legitimadas, se inserem em seu espírito empresarial, compondo seus deveres de conduta e, respectivamente, boa-fé para se tornarem obrigatórias em relação aos seus acionistas, parceiros contratuais em favor dos consumidores e da própria coletividade, com maior alcance e poder de efetividade, o que é recomendável e juridicamente possível.

4.2.1 Iniciativas protetivas voluntárias de *soft law* (responsabilidade social corporativa: *environmental, social and corporate governance [ESG]*)

A realidade dos negócios, como já visto ao longo deste estudo, vem demonstrando a aproximação cada vez mais estreita entre as políticas sociais e as práticas de mercado. Ser socialmente responsável significa não apenas cumprir as expectativas legais, mas também ir além da conformidade e investir "mais" no capital humano, no meio ambiente e nas relações com as partes interessadas. A experiência com investimento em tecnologias ambientalmente responsáveis e práticas de negócios sugere que ir além da conformidade legal pode contribuir para a competitividade de uma empresa. Ir além das obrigações legais básicas na área social,

também podem ter um impacto direto sobre produtividade, reconciliando o social desenvolvimento com maior competitividade e, respectivamente, retorno econômico.¹⁰⁰⁶¹⁰⁰⁷

A aplicação social e econômica das empresas em prol dos direitos humanos, além de ser um anseio da sociedade global, no Brasil, encontra fundamento na própria definição de bem-estar constitucional que orienta todo o programa privado através da ordem econômica. A indagação dos opositores reside na questão de sua eficácia, pois postulados desta natureza, se implementados através da responsabilização empresarial - por meio de sanções ou indenizações, públicas ou privadas – podem potencializar as falhas de mercados com o decréscimo da atividade econômica e, conseqüentemente, um revés com a perda de bem-estar já conquistado. Nada obstante, acredita-se, estas perspectivas foram superadas, pois partem de premissas abstratas de curto prazo, desconsiderando os efeitos positivos de longo prazo¹⁰⁰⁸ das

¹⁰⁰⁶ EUROPEAN UNION COMMISSION. Promoting a European framework for Corporate Social Responsibility (Green Paper). **EurLex**, Brussels, July, 8th, 2011, CELEX: 52001DC0366. p. 8.

¹⁰⁰⁷ Em sentido divergente, cumpre observar uma perspectiva superada do que seria a responsabilidade social corporativa em Gary S. Becker e Richard A. Posner. Para Gary Becker: “Do corporations have any responsibilities beyond trying to maximize stockholder value, adhering to contracts, implicit as well as explicit, and obeying the laws of the different countries where they operate? My answer is ‘no’, although maximizing value, meeting contracts, and obeying laws help achieve many of the goals by those claiming corporations should be ‘socially responsible’ by taking care of the environment, considering the effects of their behavior on other stakeholders, and contributing to good causes. Still, laws and contracts, and individual use of their own resources, rather than corporate behavior, should be the way to implement various social goals. [...] treatment of employees that on the surface appear to reduce profitability often are in fact consistent with the criteria of maximizing stock-holder value while respecting laws and contract. [...]”. Para Richard Posner: “I agree with almost everything that Becker says, but will suggest a few qualifications. I can think of one situation in which ‘pure’ charitable donations by corporations, i.e., donations that do not increase profitability, could benefit shareholders. Assuming that most shareholders make some charitable donations, they might want the corporations they invest in to make modest charitable donations on the theory that a Corporation will have more information about what are worthwhile charitable enterprises than an individual does. [...]”. BECKER, Gary Stanley; POSNER, Richard A. **Uncommon sense: economic insights, from marriage to terrorism**. The University of Chicago Press: Chicago, 2009. p. 191-194.

¹⁰⁰⁸ “Leaders at the highest levels of the financial sector are starting to publicly acknowledge the downsides of short-term investing. Larry Fink of BlackRock recently argued that short-term investing strategies risk “maximizing near-term profit at the expense of long-term value.” LABOWITZ, Sarah; O’CONNOR, Casey. **Putting the “S” in ESG: Measuring Human Rights Performance for Investors**. New York: New York University Stern Center for Business and Human Rights, March, 2017. p. 5.

mudanças de comportamento obtidas através de *enforcement* público e/ou privado¹⁰⁰⁹, subsidiadas por uma regulação consistente para atingir, com assertividade, as empresas que tenham seu diferencial competitivo no abuso de direitos humanos.¹⁰¹⁰

In a global economy, multinational companies often operate in jurisdictions where governments are either unable or unwilling to uphold even the basic human rights of their own citizens (Scherer et al. 2006). The absence of state regulation presents major business challenges for corporations. Clothing retailers like Walmart and H&M face unsafe factory conditions in Bangladesh in the wake of the Rana Plaza tragedy. Internet service providers like Facebook and Google wrestle with their users' expectations to guarantee freedom of expression in China and other non-democratic regimes. Oil and mining companies like Shell and Newmont operating in conflict zones from the Congo to Iraq struggle to provide security for their people and facilities in these inherently dangerous places. In these contexts, multistakeholder initiatives (MSIs) have become the default response for addressing so-called "governance gaps".¹⁰¹¹

¹⁰⁰⁹ "Shell, for example, faced a tremendous loss of reputation in 1995 when the story was spread that it had tried to sink a platform - the "Brent Spar" - that was allegedly still contaminated with oil. In 1984, Union Carbide Corporation was ordered by the Indian Supreme Court to pay US\$ 4 70 million because of the release of methyl isocyanate that caused the death of 15,000 people and disabled another 170,000. Another example is Bridgestone: in November 2005, the International Labor Rights Fund filed an Alien Tort Claims Act case against Bridgestone before a US District Court in California based on alleged forced labor on the Firestone plantation in Harbel, Liberia. According to the claim, 14 tappers on that plantation are required to tap more than 650 trees a day. This means that, in addition to other mandatory tasks, including cleaning the taps, applying pesticides and fertilizers to the trees, and carrying 75 pound buckets of látex to collection points up to a mile away- all for US\$ 3.19 a day, they have an eight hour day in which to tend to 650 trees twice. Even if these allegations turn out to be untrue, the financial consequences of such law suits can be - and usually are considerable. In today's connected world, not in the least due to the "world wide web", unethical behavior by one company or even that of a supplier or an associated company - in one country can have world-wide consequences, be they legal, financial or reputational. [...]. In the case of Shell, and regardless of the facts that eventually evolved, consumers even started to boycott the company. According to a study in 1995, 78 % of U.S. consumers would avoid retailers if they knew they were dealing in sweatshop goods." SCHWENZER, Ingeborg. Ethical standards in CISG contracts. **Uniform Law Review**, Oxford, v. 22, pp. 122-131, mar. 2017. p. 251-252.

¹⁰¹⁰ VALOR, Carmen. **What if all trade was fair trade**. The potential of a social clause to achieve the goals of fair trade. *Journal of strategic marketing*, vol. 14, n. 3, 2006, p. 263-275. p. 266-267.

¹⁰¹¹ BAUMANN-PAULY, Dorothée; et. al. **Industry-Specific Multi-Stakeholder Initiatives that Govern Corporate Human Rights Standards Legitimacy Assessments of the Fair Labor Association and the Global Network Initiative**. *Journal of Business Ethics*, Springer, vol. 143(4), pages 771-787, July, 2017. p. 1.

Em que pese já tenhamos demonstrado a insuficiência da atuação isolada das normas *soft-law* (voluntárias) para a proteção e promoção dos direitos humanos¹⁰¹², cumpre apontar a diferença entre responsabilidade social corporativa (normas de natureza voluntária como é o *Environmental, Social and Corporate Governance - ESG*)¹⁰¹³ e responsabilidade social empresarial (normas vinculantes) para, ato contínuo, demonstrar de que maneira as iniciativas voluntárias - que representam um avanço valioso para a temática – encontram espaço no Brasil para se tornarem vinculantes aos agentes, gerando um acréscimo regulatório que pode/deve coexistir com as normas de *enforcement* público.¹⁰¹⁴ Compreendida a dicotomia e sua repercussão simbiótica perante os agentes econômicos, cumprirá apresentar as maneiras como as iniciativas afloram no ordenamento jurídico e os caminhos que podem levar a maior legitimidade e efetividade.

¹⁰¹² “Entretanto, a crítica proposta por Fancy, a exemplo de Bebchuk e Tallarita, não pode ser ignorada na parte em que ressalta haver limites para as iniciativas voluntárias das companhias. Logo, não se pode dispensar nem colocar em segundo plano o papel da regulação obrigatória, ainda mais quando se trata das graves externalidades negativas geradas pela atividade empresarial. Em outras palavras, é imprescindível que se delimite o espaço em que é possível e esperado o avanço de iniciativas voluntárias relacionadas ao stakeholderism e aos investimentos ESG e o espaço destinado à regulação obrigatória, inclusive para o fim de identificar as áreas em que a regulação deve ser ampliada ou tornada ainda mais rigorosa. Afinal de contas, a agenda ESG não pode servir de pretexto para omissão ou demora na regulação estatal, especialmente diante de assuntos que exijam intervenções urgentes e homogêneas no mercado.” FRAZÃO, Ana. **Diário secreto dos investimentos ESG: Quais são os limites das iniciativas voluntárias e o que deve ser endereço pela regulação obrigatória?** Jota, São Paulo, ano 2021, Caderno: Constituição, Empresa e Mercado. p. 1-2. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/diario-secreto-dos-investimentos-esg-06102021>. Acesso em 11 out. 2021.

¹⁰¹³ “The E reflects the growing urgency but also opportunities posed by environmental challenges, especially climate change. The S signals the risks to business of adverse impacts that corporate conduct may have on people, in global supply chains for example—coupled with the recognition that the social sustainability of business models requires some measure of aligning the core business with societal needs. The G affirms that the quality of corporate governance is closely related to value creation—or destruction. All three acknowledge that business has an independent role to play in these matters quite apart from whatever governments may or may not require. Indeed, the current boom in ESG investing began in the aftermath of the 2008 financial sector meltdown, which implicated failures by government and the financial industry alike.” RUGGIE, John G.; MIDDLETON, Emily K.; **Money, Millennials and Human Rights: Sustaining ‘Sustainable Investing’**. Harvard Kennedy School, Faculty Research Working Paper Series RWP18-023, August, 2018. p. 3.

¹⁰¹⁴ “Afinal de contas, a agenda ESG não pode servir de pretexto para omissão ou demora na regulação estatal, especialmente diante de assuntos que exijam intervenções urgentes e homogêneas no mercado. Como adequadamente observado por Fancy, Bebchuk e Tallarita, o pior cenário seria aquele em que os investimentos ESG se tornem um subterfúgio para delegar o enfrentamento de todos os problemas dos mercados e das externalidades negativas da atividade empresarial para as iniciativas espontâneas dos agentes econômicos ou para a autorregulação, ignorando o papel fundamental da regulação obrigatória em várias áreas.” FRAZÃO, Ana. **Diário secreto dos investimentos ESG: Quais são os limites das iniciativas voluntárias e o que deve ser endereço pela regulação obrigatória?** Jota, São Paulo, ano 2021, Caderno: Constituição, Empresa e Mercado. p. 5. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/diario-secreto-dos-investimentos-esg-06102021>. Acesso em 11 out. 2021.

Corporate Social Responsibility should nevertheless not be seen as a substitute to regulation or legislation concerning social rights or environmental standards, including the development of new appropriate legislation. In countries where such regulations do not exist, efforts should focus on putting the proper regulatory or legislative framework in place in order to define a level playing field on the basis of which socially responsible practices can be developed.¹⁰¹⁵

Seja pela ausência de atitude dos Estados para regulação destas práticas – que frise-se, já se encontra presente no ordenamento jurídico – ou pelo receio de quais atitudes (atos regulatórios) serão adotadas, os agentes privados buscam estabelecer políticas de governança capazes de incrementar os níveis protetivos através da implementação de mecanismos de *soft-law*,¹⁰¹⁶ dentre estes, a responsabilidade social corporativa, cunhada na atualidade como ESG, método que confia questões ambientais, sociais e de governança ao comportamento espontâneo e/ou auto guiado pelos próprios agentes econômicos, “o que pode ser um perigoso placebo que, além de não atender ao interesse público, pode ainda lhe causar danos.”¹⁰¹⁷

O conceito de responsabilidade social corporativa surge depois da derrocada do Código de Conduta da Comissão de Corporações Transnacionais das Nações Unidas, convertendo-se em uma alternativa à proposta vinculante que se propunha no instrumento internacional. Assim, as empresas procuraram manter um modelo instrumental e operacional em razão dos avanços teóricos que se realizam na época, com a necessidade de reestabelecer seus propósitos de desenvolvimento para atrelar aos cuidados com meio ambiente e satisfação de exigências sociais. Esta proposta, em nível internacional, foi realizada através do Pacto Global, com apoio da ONU e consiste em compromissos dentro da sua esfera de influência, sem quaisquer sanções

¹⁰¹⁵ EUROPEAN UNION COMMISSION. Promoting a European framework for Corporate Social Responsibility (Green Paper). *EurLex*, Brussels, July, 8th, 2011, CELEX: 52001DC0366. p. 8.

¹⁰¹⁶ “In a context of growing skepticism of the state, the corporate governance movement offers a midway solution between markets and government. It transposes to the corporate context mechanisms typical of government control, such as “checks and balances” and democracy. This compromise solution turns out to be politically palatable: corporate governance appeals to progressives as a path for social and economic change in the face of political resistance to state intervention, while pleasing conservative forces as an acceptable concession to deflect greater governmental intrusion in private affairs. [...]. These initiatives also reflect the turn to corporate governance. The notion that corporations should strive to respect human rights and protect the environment in ways that go beyond the legal requirements presupposes the economic significance of corporations and the comparative powerlessness of government. The perceived advantage of also addressing the issue through corporate (rather than government) action also appears to be due to the inherent fallibility of regulation in implementing optimal legal sanctions, to the greater expediency of private sector action in promoting change, and to the public governance void in the international context.” PARGENDLER, Mariana, *The Corporate Governance Obsession. Journal of Corporation Law*, Vol. 42, No. 2, pp. 359-402, 2016. p. 359; 393.

¹⁰¹⁷ FRAZÃO, Ana. **Diário secreto dos investimentos ESG**: Quais são os limites das iniciativas voluntárias e o que deve ser endereço pela regulação obrigatória? Jota, São Paulo, ano 2021, Caderno: Constituição, Empresa e Mercado. p. 1-2. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/diario-secreto-dos-investimentos-esg-06102021>. Acesso em 11 out. 2021.

– exceto as de cunho moral - por sua violação. Os compromissos se dividem em quatro áreas em que as empresas devem realizar seus esforços: direitos humanos, trabalhistas, meio ambiente e combate à corrupção. Ao se unirem em tal iniciativa, as empresas devem entregar anualmente um informe detalhando a forma como os dez princípios do Pacto Global são aplicados. A crítica ao projeto é de que, apesar de ser um dos mais aceitos pela comunidade empresarial, essencialmente por sua frouxidão, pois inexitem formas de regulação ou controle, as empresas podem fazer uso de propaganda e logotipos da iniciativa sem ter que cumprir com os compromissos adotados ou verdadeiramente esforçar-se para melhorar seus registros em matéria de direitos humanos.¹⁰¹⁸¹⁰¹⁹ O *bluwashing* decorre justamente dos ganhos reputacionais do agente econômico, que sinaliza falsamente à sociedade o seu compromisso com práticas sustentáveis e o direcionamento destas práticas para o futuro, tornando-se um ativo intangível, com criação de valor empresarial, facilitando interações econômicas e reduzindo custos de buscas, pois adquirem a confiança do mercado (investidores, oponentes e consumidores).

O ESG, por seu turno, através dos direitos dos acionistas, orienta que as empresas cumpram sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos, impedindo que seus investidores/administradores envolvam gestores de empresas controversas ou empresas abusivas. Ambas as estratégias requerem a capacidade de se medir e comparar o desempenho corporativo (ao longo do tempo e entre as empresas). Para atender a essa necessidade, os administradores/investidores responsáveis geralmente obtém classificações de direitos humanos de fornecedores especializados de informações sobre desempenho corporativo ESG.¹⁰²⁰ No entanto, um desafio potencial para os investimentos ESG no futuro, é a falta de padronização e a qualidade mista das informações em todos os três domínios, especialmente o

¹⁰¹⁸ RIVERA, Humberto Cantú. **La responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos**. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018. p. 31-34.

¹⁰¹⁹ Ao presente fenômenos se denomina blue-washing ou social washing, significando lavagem da responsabilidade social corporativa: “Our definition of CSR-washing encompasses many contexts of CSR-washing discourse. Examples are “greenwashing” in the domain of environmental sustainability (Alves 2009), “pinkwashing” in the domain of breast cancer awareness (Lubitow and Davis 2011), and “bluwashing” in the discourse about the Global Compact (Bigge 2004). While we acknowledge that this breadth of CSR-washing discourse illustrates the importance of our subject, we are aware that this breadth makes it very fraught to treat CSR-washing with a single conceptual framework. Even though CSR-washing discourse increasingly occurs at the national and international levels, it still arises in specific forms, in response to particular corporate initiatives and advertising campaigns, and with very particular purposes in each case.” POPE, Shawin; WÆRAAS, Arild. **CSR-washing is rare: A conceptual framework, literature review, and critique**. *Journal of Business Ethics*, 137(1), 173-193, 2016.

¹⁰²⁰ FELICE, Damiano de. *Human rights quarterly*, Volume 37, Issue 2, May 2015, pp. 511-555. P. 529.

S, que é de longe o mais fraco. O desempenho social diz respeito ao quão bem uma empresa gerencia os riscos para as pessoas conectadas ao seu negócio principal. Ao fazer isso, ela gera resultados positivos para a sociedade, protege e cria valor para o negócio. Assim, o domínio ‘S’ em ESG é densamente povoado por elementos relacionados aos direitos humanos (relações com a comunidade, negócios polêmicos, relações com clientes / produtos, questões de diversidade, relações com funcionários, saúde e segurança, gestão de capital humano, direitos humanos, marketing responsável, relacionamento sindical), porém, estes se encontram seriamente sub-conceituados e não se baseiam em padrões de direitos humanos substantivos com procedimentos bem estabelecidos.¹⁰²¹

Existem inconsistências na forma como os elementos ESG individuais são concebidos, quais indicadores são usados e como são medidos e nos pesos relativos atribuídos a diferentes elementos e indicadores. A falta de transparência das métricas e algoritmos que os avaliadores usam agrava o problema. Isso cria um problema para os investidores, que podem estar pagando altos custos por dados enganosos, bem como para os emissores, se as classificações erradas afetarem adversamente as decisões dos investidores.¹⁰²² No entanto, cumpre informar que esta pesquisa não compreende a análise crítica sobre o padrão regulatório do ESG – que se reconhece em constante evolução –; o nosso limite metodológico se encontra em introduzir a sua existência como um exemplo de uma conduta voluntária exercida pelas empresas, observando todas as dificuldades de implementação destas normas *soft law*.

Portanto, além das críticas incidentes sobre a natureza voluntária dos pactos, novas preocupações podem ser adicionadas, conforme Ana Frazão assevera com espelho nas observações de Tariq Fancy, que ataca vários pressupostos do ESG, dentre estes: (i) a ausência de confiabilidade nos dados sobre investimentos ESG; (ii) os riscos de que questões importantes a respeito de stakeholders sejam decididas pelos próprios agentes econômicos, com todos os conflitos de interesse e déficits democráticos daí decorrentes; (iii) o pouco impacto do desinvestimento para assegurar a pauta ESG; (iv) a lentidão com que muitas mudanças fundamentais vêm sendo implementadas, como é o caso das medidas ambientais, em relação às

¹⁰²¹ RUGGIE, John G.; MIDDLETON, Emily K.; **Money, Millennials and Human Rights: Sustaining ‘Sustainable Investing’**. Harvard Kennedy School, Faculty Research Working Paper Series RWP18-023, August, 2018. p. 1.

¹⁰²² RUGGIE, John G.; MIDDLETON, Emily K.; **Money, Millennials and Human Rights: Sustaining ‘Sustainable Investing’**. Harvard Kennedy School, Faculty Research Working Paper Series RWP18-023, August, 2018. p. 4.

quais o chamado investimento sustentável não está produzindo efeitos com a urgência necessária.¹⁰²³

De outro lado, a responsabilidade empresarial em direitos humanos se integra a um componente obrigatório das empresas, de maneira que podem ser responsabilizadas diretamente por seu incumprimento ou violação de normas reconhecidas pelo foro global ou regionais de proteção aos direitos humanos. Esse enfoque se utiliza das regulações internacionais e nacionais voltadas às empresas, como apresentado por esta tese, e dos direitos das pessoas. Assim, a responsabilidade empresarial em matéria de direitos humanos consiste em obrigações jurídicas através do campo de prerrogativas fundamentais que devem ser respeitadas onde quer que se desenvolvam suas atividades. A responsabilidade empresarial em direitos humanos independe da voluntariedade, convertendo-se em uma garantia mínima de aplicação em sua esfera de controle que contribui para o desenvolvimento e permanência de suas atividades em uma cultura de legalidade e conforme o Estado de Direito.¹⁰²⁴

Por esta razão, pode-se conceber que a responsabilidade empresarial em matéria de direitos humanos representa um marco normativo amplo, de cunho ideal político-jurídico, de aplicação geral junto às empresas para orientar os seus desígnios sociais e econômicos, se inserindo como um de seus múltiplos vórtices. Entrelaça-se se com a responsabilidade social corporativa na busca de contribuições da sociedade, uma por via dogmática-axiológica com sujeição absoluta aos padrões de conduta com origem constitucional e convencional, com mecanismos de *enforcement* e reparação de danos causados através da regulação pública e privada, enquanto a outra em forma de colaboração e orientação de práticas das empresas junto à comunidade para o melhor desenvolvimento de suas atividades.¹⁰²⁵

Apesar de crescente consciência social, se constata estar muito baixo o nível de empresas que pretendem e realizam a inclusão destes propósitos em seus processos decisórios, inclusive pelo fato de muitas enxergarem tais questões muito mais como princípios do que como

¹⁰²³ FANCY, Tariq. **The secret diary of a sustainable investor**. Disponível em: <https://medium.com/@sosofancy/the-secret-diary-of-a-sustainable-investor-part-2-831a25cb642d>. Medium, Ireland, 2020, Acesso em 16 out. 2021.

¹⁰²⁴ RIVERA, Humberto Cantú. **La responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos**. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018. p. 34-35.

¹⁰²⁵ “There is, in fact, an observed disjunction between economic forces and corporate governance policy. Not only is the link between certain corporate governance best practices and desired outcomes tenuous in many instances, but the corporate governance movement assumes that market forces alone do not lead companies to adopt optimal corporate governance structures.” PARGENDLER, Mariana, *The Corporate Governance Obsession*. **Journal of Corporation Law**, Vol. 42, No. 2, pp. 359-402, 2016. Pp. 359; 364.

exigências econômico-políticas. Nada obstante, apesar de críticas ao mero voluntarismo da responsabilidade social corporativa, veremos que é possível combinar estes mecanismos legislativos policêntricos – como as leis *soft law*, os códigos de conduta das empresas, etc – com os mecanismos centralizados – como os tratados ou leis internas obrigatórias – adotando-se, assim, uma perspectiva “ecossistêmica”¹⁰²⁶ que, na prática, minimiza as diferenças entre a *soft law* e a *hard law*.

Ambos os marcos regulatórios (de natureza pública e, ora, privada/voluntária), são complementares e tanto podem como devem se desenvolver paralelamente, permitindo a criação de uma cultura baseada na consciência social corporativa e, ainda, um parâmetro de obrigações jurídicas que as empresas possuem em relação aos direitos sociais, incluindo, os humanos.¹⁰²⁷ Para esta finalidade, as lacunas de governança pública ou privada precisam ser preenchidas; os termos de responsabilidade social corporativa precisam estabelecer e/ou reforçar os padrões legítimos de conduta (implícitos e explícitos) para que posam ter valor normativo na prescrição de comportamento corporativo, apto a vincular socialmente as

¹⁰²⁶ GARAVITO, Rodríguez. **Empresas y derechos humanos. Un marco conceptual y un mapa de estrategias regulatorias**. 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, p. 66.

¹⁰²⁷ “The case for MSIs is compelling. Tulder (2012) notes that “most of the issues we face today are neither owned nor solved by individual stakeholders anymore. With growing interdependence comes a growing need to search for collaborative approaches.” MSIs therefore increasingly serve a global governance function in regulating what governments leave effectively unregulated (Nolan & van Heerden 2013). We understand “multistakeholder initiative” or “MSI” to mean an entity that works with multiple stakeholders (usually business and civil society, along with others, including governments, universities, and/or investors) to solve a business and human rights problem that no actor can solve alone (van Huijstee 2012). BAUMANN-PAULY, Dorothee; et. al. **Industry-Specific Multi-Stakeholder Initiatives that Govern Corporate Human Rights Standards Legitimacy Assessments of the Fair Labor Association and the Global Network Initiative**. *Journal of Business Ethics*, Springer, vol. 143(4), pages 771-787, July, 2017. p. 2.

empresas em prol do respeito aos direitos humanos, evitando questionamentos de efetividade que envolvam legitimidade, vinculação e sustentabilidade destas práticas.¹⁰²⁸

4.2.2 O *bluwashing* e a concorrência desleal: a mutação das iniciativas voluntárias para vinculadas em face de proclamações empresariais éticas direcionadas ao mercado e aos consumidores e os mecanismos para proteger, remediar e punir violações de direitos humanos

As tendências de consumo por produtos sustentáveis cresceram 76% (setenta e seis por cento) entre 2012-2017 e demonstram continuar crescendo na medida em que *millenials* e mulheres, grupos que favorecem o investimento ético-sustentável, compreendem uma porcentagem cada vez maior da população, projetando que estes consumidores devem herdar, apenas nos Estados Unidos, um mercado consumidor de aproximadamente 30 (trinta) trilhões de dólares nos próximos 40 anos.¹⁰²⁹ Isto demonstra que, cada vez mais os consumidores baseiam suas decisões de compra a partir da informação sobre as condições de fabricação de um determinado produto e estão dispostos a pagar preços mais altos por produtos que respeitam

¹⁰²⁸ A teoria da legitimidade foi definida como uma percepção generalizada de que as ações da empresa são adequadas ou apropriadas dentro de um determinado sistema social, com a identificação de três tipos de legitimidade organizacional: pragmática, moral e cognitiva. Além disso, o autor identifica três desafios principais para a gestão da legitimidade, que são ganhar, manter e restaurar a legitimidade. A gestão da legitimidade depende da comunicação. Desta forma, sugere-se o debate sobre responsabilidade social corporative como necessário examinar as comunicações corporativas. O principal argumento da teoria da legitimidade é que fatores externos influenciam a gestão corporativa para buscar atividades com legitimidade. A legitimidade pode não ser necessariamente um processo inicial por meio do qual as organizações obtêm legitimidade da sociedade. Uma organização pode empregar quatro estratégias diferentes quando confrontada com a ameaça de legitimidade: ela pode escolher educar suas partes interessadas sobre sua intenção de melhorar a percepção da organização sobre o evento sem alterar o desempenho; pode desviar a atenção do evento ou pode escolher mudar as expectativas externas de seu desempenho. Também foi argumentado como uma visão alternativa que, uma vez que a sociedade concede poder aos negócios, ela espera que o poder seja usado com responsabilidade. Isso equivaleria a uma reafirmação da função social do contrato entre a empresa e a Sociedade. SCHUMAN, Mark C. **Managing Legitimacy: Strategic and Institucional Approaches**. The Academy of Management Review, Vol. 20, No. 3, pp. 571-610, 1995. p. 571.

¹⁰²⁹ LABOWITZ, Sarah; O'CONNOR, Casey. **Putting the "S" in ESG: Measuring Human Rights Performance for Investors**. New York: New York University Stern Center for Business and Human Rights, March, 2017. p. 4.

direitos sociais,¹⁰³⁰¹⁰³¹ o que lhes é facultado através do acesso à informação estabelecido, no Brasil, como direito fundamental inscrito no art. 5º, inc. XXXIII, inciso II, §3º do Art. 37 e §2º do art. 216 da CF, que uma vez assegurados pela Constituição, vinculam diretamente os poderes públicos e privados.¹⁰³²

Assim, vem-se constatando a proeminência do consumo consciente, no qual o consumidor encontra-se preocupado em ser um cidadão mais ativo em prol do exercício democrático de suas escolhas. A informação, nesse sentido, é direito fundamental da pessoa humana, pois interfere diretamente sobre o livre arbítrio das escolhas do consumidor, poder seletivo em relação ao que é oferecido pelo mercado, que é capaz de impulsionar o fornecedor a mudar suas atitudes em face de atos concorrenciais socialmente desleais, na medida em que exploram as mazelas da coletividade para obtenção de lucro.¹⁰³³

Noutro vértice desta relação, o movimento do mercado consumidor não passa despercebido economicamente pelas empresas, que cada vez mais absorvem a compreensão sobre o impacto positivo de um comportamento ético e como ele pode, de fato, impactar positiva ou negativamente em sua reputação. Para se manterem relevantes no mercado, as empresas buscam ampliar sua lógica mercadológica e, visando maior fidelização, buscam fortalecer a identidade de suas marcas para uma identificação com os consumidores e sinalização aos demais concorrentes, inserindo e publicizando valores de responsabilidades sociais, ambientais, etc. Com a execução do marketing social, a empresa se apresenta como responsável para com as causas que motivam os indivíduos, permitindo uma escolha mais consciente atrelada à uma maior compreensão acerca do bem de consumo.¹⁰³⁴

Um estudo conduzido por Claude Fussler concluiu que a responsabilidade rende resultados econômicos. Sua pesquisa identificou que 76 (setenta e seis) companhias de capital

¹⁰³⁰ BARTLING, Björn, WEBER, Roberto A.; YAO, Lan. **Do Markets Erode Social Responsibility**, The Quarterly Journal of Economics, Volume 130, Issue 1, February 2015, Pages 219–266. p. 219-220.

¹⁰³¹ There are also additional external consequences: if consumers have the choice between two different, but equally expensive products, the social and ecological circumstances under which such products are manufactured are seen to influence the purchasing decision. SCHWENZER, Ingeborg. Ethical standards in CISG contracts. **Uniform Law Review**, Oxford, v. 22, pp. 122-131, mar. 2017. p. 252.

¹⁰³² BRASIL, STF. Recurso Extraordinário n. 201819/RJ. Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ acórdão. Min. Gilmar Mendes, j. 11/10/2005.

¹⁰³³ VERBICARO, Dennis; FREIRE, Gabriela Ohana Rocha. O combate ao dumping social no mercado de consumo através do exercício qualificado da liberdade de escolha do consumidor. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**, v. 4. p. 1-18, 2019, p. 14.

¹⁰³⁴ VERBICARO, Dennis; FREIRE, Gabriela Ohana Rocha. O reconhecimento do dano moral coletivo consumerista diante da prática empresarial do bluewashing. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 129/2020, 2020. p. 2.

aberto e publicamente comprometidas com políticas de responsabilidade social tiveram uma sobre-avaliação de suas ações de 3,7% no *Dow Jones Sustainability Index (DJSI World Index)*, entre junho de 2001 e junho de 2004, confirmando que a reputação social de uma empresa pode converter em benefícios econômicos.¹⁰³⁵ Nada obstante, deve-se reconhecer a dificuldade em se mensurar se as condutas se baseiam em consciência social genuína ou valores utilitários. Ao incorporar a responsabilidade social, a empresa consolida o seu ideal através de atitudes voltadas à sociedade em geral, com valores destinados à solidariedade social, campanhas de combate à pobreza, conscientização e reconhecimento da valorização dos trabalhadores, garantia de direitos humanos fundamentais no exercício de suas atividades.

Atentas à esta nova realidade de consumo que se empodera pelo discurso da responsabilidade social empresarial, pautada na ética e nos valores morais, diversas corporações passaram a utilizar propagandas que veiculam práticas sustentáveis e desejáveis pela sociedade, de modo que seus anúncios garantem aos consumidores que, adquirindo suas mercadorias ou serviços, estarão ingressando numa cadeia solidária e sustentável, consolidando-os numa posição de protagonistas com o poder de contribuir para a contenção de assuntos de maior interesse social como, entre outros, a exclusão social e degradação ambiental, promovendo reciprocamente a sua satisfação pessoal e os direitos humanos em escala global, corrigindo a distorção dos malefícios socioeconômicos que evoluíram com a sociedade.¹⁰³⁶ Desta forma, a responsabilidade social corporativa transforma-se mais do que numa boa ideia, mas num bom negócio quando pesquisas demonstram que se todos os demais fatores permanecerem iguais, a probabilidade é de que as pessoas escolham uma marca que ofereça algo de volta à comunidade.¹⁰³⁷ Sendo assim, por ora, o desempenho econômico do “investimento” em reputação pode ser mais convenientemente abordado sob uma outra perspectiva, qual seja, a adoção de comportamentos antiéticos certamente se reverterá em mais prejuízos.

¹⁰³⁵ FUSSLER, Claude. Responsible Excellence Pays! *The Journal of Corporate Citizenship*, no. 16, Greenleaf Publishing, 2004, pp. 33-44. p. 33.

¹⁰³⁶ “O branding caracteriza-se por ser justamente a identidade que a marca transparece no mercado de consumo. Tratam-se dos valores (brand equity), quais sejam a honestidade, confiabilidade, respeito, integridade, lealdade, consideração com o próximo, responsabilidade, dentre outros; os atributos éticos e significados que os fornecedores assumem enquanto postura mercadológica, aos quais quando atrelados aos bens e serviços disponíveis comercialmente são capazes de proporcionar ao consumidor um encontro pessoal e satisfação com a marca, fidelizando a escolha para muito além da simples avaliação de preço.” VERBICARO, Dennis; FREIRE, Gabriela Ohana Rocha. O reconhecimento do dano moral coletivo consumerista diante da prática empresarial do bluewashing. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 129/2020, 2020. p. 10.

¹⁰³⁷ SOLOMON, Michael R. *O comportamento do consumidor*. Trad. Beth Honorato. 11. ed. Porto Alegre: Bookman, 2016. p. 142.

Assim, sem prejuízo do *enforcement* público relacionado à proteção e promoção dos direitos humanos, que simboliza não apenas uma questão econômico-financeira ou penal, mas, sobretudo, um custo (positivo ou negativo) à identidade e reputação empresarial com a melhoria da imagem pública e agregação de valor à própria marca do agente,¹⁰³⁸ uma vez incorporadas cláusulas éticas ao seio de atuação empresarial, o regulamento corporativo supera a perspectiva “inicialmente” voluntária para se tornar regra de natureza contratual obrigatória, pois repercute efeitos para todos agentes econômicos do mercado, sobretudo os consumidores e seus interesses.

Desta forma, em que pese alguns genuínos esforços, algumas companhias valendo-se da empatia e solidariedade consumerista, utilizam-se de propagandas enganosas na tentativa de fidelizar os consumidores através da divulgação de práticas empresariais protetivas, mas que, em verdade, inexistem na realidade ou, pior ainda, são inverídicas por violar direta e/ou indiretamente os direitos sociais de forma recorrente e contumaz com o único propósito de angariar o maior quantitativo possível de clientes e admiradores para agregar valor ao seu produto e sua imagem em detrimento não apenas dos consumidores como também dos *stakeholders*, que podem ser atraídos por sua conduta enganosa, ferindo a dignidade humana e as bases da justiça social¹⁰³⁹ e, também, da ordem econômica.

A dúvida cognitiva causada pelas práticas ilícitas como o *bluewashing* ou o *greenwashing* – “técnicas de publicidade que fazem o consumidor crer que aquela empresa cultua a responsabilidade social, isto é, [...] em total observância aos direitos humanos e ao meio ambiente, contudo, ao analisar as propagandas veiculadas e as operações da empresa, percebe-se que a responsabilidade social inexistente”¹⁰⁴⁰ - repercutem em toda a coletividade, na medida em que são capazes de propagar dúvidas aos consumidores de dimensão indeterminada

¹⁰³⁸ PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. Empresas e Direitos Humanos: Desafios e perspectivas à luz do direito internacional dos direitos humanos. **Empresas e direitos humanos**. Coordenadores Flávia Piovesan, Inês Virginia P. Soares, Marcelo Torelly. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 110.

¹⁰³⁹ VERBICARO, Dennis; SILVA, Luíza Tuma da Ponte; SIMÕES, Sandro Alex. A relevância da atuação estatal no combate às práticas empresariais de greenwashing e bluewashing nas relações de consumo. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 21, n. 1, p. 61-80, janeiro/abril 2021. p. 69-71.

¹⁰⁴⁰ VERBICARO, Dennis; SILVA, Luíza Tuma da Ponte; SIMÕES, Sandro Alex. A relevância da atuação estatal no combate às práticas empresariais de greenwashing e bluewashing nas relações de consumo. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 21, n. 1, p. 61-80, janeiro/abril 2021. p. 73.

e abstrata,¹⁰⁴¹ acentuando a vulnerabilidade do indivíduo em razão da insegurança causada pela incerteza de se estar consumindo um bem que realmente se alinhe e represente os padrões de consumo do seu estilo de vida:

Portanto, trata-se de práticas que não seriam aprovadas após judiciosa ponderação entre publicidades veiculadas e as operações efetivamente adotadas pela empresa. Logo, embora inúmeras empresas se apropriem de discursos solidários e empáticos, tal lógica não é reproduzida na prática, haja vista que, em vez de assegurar direitos, vislumbra-se violações contumazes, conforme se depreende das três vitórias alcançadas pela Associação dos Consumidores - PROTESTE - em desfavor das empresas automobilísticas FIAT, General Motors do Brasil e FORD. As três empresas trouxeram anúncios que mencionavam palavras relacionadas ao ecossistema, como “pneu verde” ou “eco”, o que evidencia a tentativa de ludibriar os consumidores, porque ao se analisar o desempenho dos automóveis, não se percebeu relevante contribuição ao meio ambiente. As propagandas, dessa forma, têm o condão de enganar uma coletividade abstrata, o que revela o vasto perigo de tais práticas. É importante destacar que as práticas de bluewashing e greenwashing transcendem a relação entre particulares, extrapolando, portanto, a seara do direito privado.¹⁰⁴²

Desta forma, torna-se imprescindível a expansão da atuação estatal para coibir tais práticas para responder à propagação de informações falsas – completamente ou parcialmente falsas -, para vender determinado bem de consumo, independentemente de se relacionar diretamente ao produto ou ser um mecanismo que componha o objeto de venda, como o caso do marketing social¹⁰⁴³, pode ser considerado como ato ilícito por viciar a manifestação da vontade do consumidor¹⁰⁴⁴, pois toda e qualquer publicidade que envolva ponderações de

¹⁰⁴¹ “Outrossim, na seara consumerista não se pode deixar de precisar que em se referindo à publicidade enganosa a potencialidade lesiva não pode ser medida apenas tendo em vista a individualidade de casos, mas sim a dimensão indeterminada e abstrata com relação aos sujeitos que podem vir a ser atingidos, tratando-se de interesse difuso de uma coletividade social.” VERBICARO, Dennis; OHANA, Gabriela. O reconhecimento do dano moral coletivo consumerista diante da prática empresarial do bluewashing. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 129/2020, 2020. p. 13.

¹⁰⁴² VERBICARO, Dennis; SILVA, Luíza Tuma da Ponte; SIMÕES, Sandro Alex. A relevância da atuação estatal no combate às práticas empresariais de greenwashing e bluewashing nas relações de consumo. *In: Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 21, n. 1, p. 61-80, janeiro/abril 2021. p. 73.

¹⁰⁴³ “O marketing social, compreendido nas técnicas informacionais usadas pelas empresas para estimular os comportamentos positivos e desestimular atividades negativas empresariais, é atualmente a ponte de lealdade que fideliza o consumidor e a empresa. Dessa forma, a publicidade mercadológica, nos moldes do art. 37 do CDC (LGL\1990\40), objetiva agregar valores empresariais que frente ao consumidor hipermoderno compatibilize seus anseios e necessidades. Contudo, no sentido da prática de bluewashing, casos de jornadas extensivas, acidente de trabalho por ausência de segurança, de utilização de mão de obra escrava/ou infantil, de assédio moral e sexual, dentre outros, são cada vez mais comum e visíveis de serem praticados por grandes marcas disponíveis no mercado de consumo; muitas das quais se intitulam e propagam serem responsáveis socialmente.” VERBICARO, Dennis; FREIRE, Gabriela Ohana Rocha. O reconhecimento do dano moral coletivo consumerista diante da prática empresarial do bluewashing. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 129/2020, 2020. p. 14.

¹⁰⁴⁴ VERBICARO, Dennis; SILVA, Luíza Tuma da Ponte; SIMÕES, Sandro Alex. A relevância da atuação estatal no combate às práticas empresariais de greenwashing e bluewashing nas relações de consumo. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 21, n. 1, p. 61-80, janeiro/abril 2021. p. 71.

sustentabilidade (social ou éticas) se conectam à noção de transparência informativa¹⁰⁴⁵, que também se vinculam à boa-fé (dever de conduta) e tutelam o contraente em posição de inferioridade, que (pode) encontrar obstáculos à tomada da decisão negocial de forma consciente e ponderada por algumas razões estruturais decorrentes da própria prestação, do modo de contratar ou das circunstâncias que envolvam a transação, afetando a capacidade (por qualquer razão) de uma das partes de exercitar a autotutela dos próprios interesses.

Esta compreensão decorre da proteção estabelecida pelo constituinte através do Código de Defesa do Consumidor (CDC), o qual norteia as ações para a instauração e manutenção de um sistema de proteção do consumo no Brasil, impondo, além da repercussão jurídica, uma nova postura social e governamental onde se respeite a sua dignidade nesta posição.¹⁰⁴⁶ De acordo com estas premissas, o direito intervém regulando a transparência da comunicação, para impor deveres de conduta de uma prestação informacional suficientemente clara e favorável à uma compreensão racional daqueles sujeitos que figuram como receptores das declarações.¹⁰⁴⁷

Numa economia competitiva e disruptiva, de constante compartilhamento, é comum os produtos deixarem de ser suficientemente diferenciadores no meio de sua categoria, e assim as marcas tornam-se as principais estratégias competitivas das empresas. Uma marca traz consigo um conjunto de benefícios – em termos de identificação, notoriedade, reconhecimento, preferência, lealdade, entre outros – que as empresas devem, invariavelmente, procurar alcançar e reforçar com vista ao seu sucesso.

A marca da empresa deve estar intimamente ligada à sua cultura e aos valores defendidos e praticados pela mesma, para refletir uma confiança e credibilidade a ser comunicadas aos seus *stakeholders*. É dizer, a forma como a identidade da organização é concretizada numa marca e é veiculada a todos os seus públicos – internos e externos – traduz-se naquilo que se designou chamar de branding.

A reputação da marca de uma empresa está intimamente relacionada com o grau de confiança que os investidores e consumidores conferem à mesma.¹⁰⁴⁸

¹⁰⁴⁵ “[...]. informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo”. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 782-783.

¹⁰⁴⁶ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. 2 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2007. Em complemento: “O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, concentra-se justamente no sujeito de direitos, visa proteger este sujeito, sistematiza suas normas a partir desta ideia básica de proteção de apenas um ‘sujeito diferente’ da sociedade de consumo: o consumidor. É Código (todo construído e sistemático) de Proteção (ideia básica instrumental e organizadora dos sistemas de normas oriundas de várias disciplinas necessárias ao reequilíbrio e efetivação desta defesa especial) do Consumidor”. MARQUES, Claudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *In: Revista de Direito do Consumidor*, v. 35, p. 61-96, jul./set., 2000, DRT/727.

¹⁰⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 326-328.

¹⁰⁴⁸ LAMORTE, Gerusa Linhares; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Maximização do valor da empresa: impacto normativo, gestão de riscos e reputação**. 2019. 116 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2019. p. 29.

Relativamente à boa-fé na relação de consumo, cumpre destacar sua tríplice função, a qual: “a) fornece os critérios para a interpretação do que foi avençado pelas partes, para a definição do que se deve entender por cumprimento pontual das prestações; b) cria deveres secundários ou anexos; e c) limita o exercício de direitos”.¹⁰⁴⁹ No caso vertente, portanto, a incorporação de valores sociais aos contratos e a respectiva divulgação vincularão os fornecedores na cadeia produtiva, pois a publicidade (art. 30 do CDC) baseia-se entre outros princípios, pela veracidade e transparência, devendo ser clara e precisa, obrigando o anunciante com relação às informações veiculadas, que se integram aos contratos que vierem a ser celebrados com os consumidores (art. 35 do CDC), inclusive, com a disponibilização de todos os dados fáticos, científicos ou técnicos, pois somente assim o consumidor pode contribuir racionalmente e de maneira motivada para a proteção dos seus interesses e os da sociedade, deixando de consumir produtos e serviços de origem eticamente ilícita ou desconhecida. Desta maneira, o princípio da veracidade da publicidade se encontra como dever anexo ao princípio da boa-fé, portanto, uma norma de conduta, de modo que o seu falseamento ensejará a violação do próprio contrato¹⁰⁵⁰, pois violado os princípios da informação adequada e clara (art. 6º, III, do CDC) e da veracidade (art. 37, §1º do CDC).

O dever de informar adquiriu autonomia própria, como dever geral de conduta, ante a tendência crescente do Estado Social de proteção ou tutela jurídica dos figurantes vulneráveis das relações jurídicas obrigacionais. Indo além da equivalência jurídica meramente formal, o direito presume a vulnerabilidade jurídica daqueles que a experiência indicou como mais frequentemente prejudicados pelo poder negocial dominante, tais como o trabalhador, o inquilino, o consumidor, o aderente. Nessas situações de vulnerabilidade, torna-se mais exigente o dever de informar daquele que se encontra em situação favorável no domínio das informações, de modo a compensar a deficiência do outro. O dever de informar é exigível antes, durante e após a relação jurídica obrigacional. [...].

O dever de informar impõe-se a todos os que participam do lançamento do produto ou serviço, desde sua origem, inclusive prepostos e representantes autônomos. É dever solidário, gerador de obrigação solidária. Essa solidariedade passiva é necessária, como instrumento indispensável de eficaz proteção ao consumidor, para que ele não

¹⁰⁴⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo, **Revista de Direito do Consumidor**, n. 14, abr./jun 1995. p. 25.

¹⁰⁵⁰ “O fornecedor que veicular a informação ou publicidade por qualquer forma ou meio de comunicação obriga-se a contratar nos exatos termos do que fora proposto no anúncio. Isso obrigando o fornecedor a observar a veracidade do que está alegando, pois as informações constantes da oferta passam a integrar o conteúdo do futuro contrato. [...]. A inteligência do art. 30 nos permite concluir que a publicidade, quando suficientemente precisa, vincula o fornecedor, equivalendo juridicamente à oferta. [...]. Vale frisar que há distinção entre publicidade e informação, sendo a primeira dependente da segunda, ou seja ‘[...] pode-se dizer que toda a publicidade veicula alguma (algum tipo de) informação, mas nem toda a informação é publicidade.’”. EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. 2 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2007. p. 184-187

tenha de suportar o ônus desarrazoado de identificar o responsável pela informação, dentre todos os integrantes da respectiva cadeia econômica (produtor, fabricante, importador, distribuidor, comerciante, prestador do serviço). Cumpre-se o dever de informar quando a informação recebida pelo consumidor típico preencha os requisitos de adequação, suficiência e veracidade. Os requisitos devem estar interligados. A ausência de qualquer deles importa descumprimento do dever de informar.¹⁰⁵¹

Nesse sentido, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, instituído pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), estabelece em seu art. 1º que todo anúncio deve ser respeitador e conformar-se às leis do país, ser honesto e verdadeiro, sendo seu principal objetivo regulamentar as normas éticas destinadas à publicidade comercial, para dentre outros objetivos, respeitar o princípio da leal concorrência. Esta perspectiva deve ser conjugada com a vedação da publicidade enganosa (art. 37, §1º do CDC), sendo assim consideradas aquelas que veiculem informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, seja capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, característica, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.¹⁰⁵² Ou seja, é enganosa “a mensagem publicitária total ou parcialmente falsa, capaz de levar o consumidor a adquirir um produto ou serviço indesejado, por acreditar em dado inerente ao bem”,¹⁰⁵³ o que pode ser plenamente adequado às empresas que se promovem publicamente como responsáveis socialmente, porém, na prática suas atividades desrespeitam os direitos humanos (*bluwashing*).

¹⁰⁵¹ LOBO, Paulo. Boa-fé entre o princípio jurídico e o dever geral de conduta obrigacional. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/02/26/boa-fe-do-administrado-e-do-administrador-como-fator-limitativo-da-discrecionalidade-administrativa/#:~:text=A%20boa%20dever,parcial%20quando%20com%20ela%20incompat%20ADvell>. Acesso em 18 out. 2021.

¹⁰⁵² Sobre publicidade enganosa e critérios qualitativos (erro de essência), vide: “No que diz respeito à publicidade enganosa por omissão, a indução a engano decorre da circunstância de o fornecedor negligenciar algum dado essencial sobre o produto ou serviço por ele comercializado, induzindo o consumidor à contratação por meio de erro, por não ter consciência sobre elemento que, se conhecido, prejudicaria sua vontade em concretizar a transação.” Resp 1540566/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11/09/2018, dje 18/09/2018. No mesmo sentido: resp 1802787/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/10/2019, dje 11/09/2020; resp 1540566/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11/09/2018, dje 18/09/2018; resp 1725092/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/03/2018, dje 23/03/2018; resp 1487046/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/03/2017, dje 16/05/2017; resp 1794971/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/03/2020, dje 24/06/2020.

¹⁰⁵³ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. 2 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2007. p. 184-187

Em sentido semelhante, o CONAR anunciou alterações no seu Código para regular temas de sustentabilidade (Anexo 'U'), dispondo ser "papal da publicidade não apenas respeitar e distinguir, mas também contribuir para a formação de valores humanos e sociais éticos, responsáveis e solidários". Assim, passou a recomendar em seu art. 36 que esta deverá refletir as preocupações de toda a humanidade com os problemas relacionados com a qualidade de vida e a proteção do meio ambiente; assim, serão vigorosamente combatidos anúncios que, direta ou indiretamente, estimulem violações ao meio ambiente, devendo as informações e indicativos ambientais na publicidade institucional e de produtos e serviços atender aos princípios da concretude, veracidade, exatidão, pertinência e clareza, comprovação de fontes, pertinência, relevância, absoluteza e relação direta com as causas divulgadas.

A fim de classificar as práticas *bluwashing* e permitir a identificação destas condutas, *cumpre* citar como referencial as classificações já existentes em práticas *greenwashing*, a seguir definidas em 04 (quatro) categorias: a) Falso: acontece quando uma organização é falsamente acusada de praticar *bluwashing*, prejudicando sua imagem e reputação diante do mercado; além disso, falsas acusações podem vir para gerar o repúdio do público. b) Genuíno: uma organização é acusada (com evidências confiáveis) de praticar *bluwashing*, perdendo poder e com danos à sua imagem diante do público consumidor; c) Potencial: a organização engaja o público consumidor com supostas políticas sociais e desfruta de todos os benefícios. No entanto, a falta de uma acusação confiável não permite considerá-la como um caso de *bluwashing* genuína; d) Inexistente: iniciativas de responsabilidade social corporativa comunicadas efetivamente, sem alteração do conteúdo por qualquer entidade externa. Ou seja, a organização genuinamente aplica medidas que desfrutam do apoio do público consumidor.

1054

Outras atitudes *greewashing* que também podem ser incorporadas ao *bluwashing* são:

- 1) Falta de evidências: quando faltam referências precisas à atividade desenvolvida em uma perspectiva "sustentável" pela empresa e, sobretudo, faltam os detalhes necessários para compreender suas concretas ações, de modo que a comunicação não é muito transparente e pouco informativa, não sendo suportada por dados certificados e verificáveis;
- 2) Conceito vago: quando a comunicação está ligada à esfera emocional, ou seja, nenhuma virtude social

¹⁰⁵⁴ SEELE, Peter; GATTI, Lucia. Greenwashing Revisited. Search of a Typology and Accusation-Based Definition Incorporating Legitimacy Strategies. **Business Strategy and the Environment**, 2015, pp. 239-252.

particular é comunicada, mas a filosofia é apoiada por imagens sugestivas e reconfortantes sobre a sua cadeia de fornecimento; 3) Auto-glorificação: quando uma empresa decide, em palavras, ser sustentável e celebra sua sensibilidade social com características que realmente não existem em seus produtos ou cadeia de produção; 4) Certificação falsa: quando as empresas exaltam as virtudes sociais de seus processos ou produtos por meio de rótulos ou marcas enganosas, não reconhecidas por terceiros credenciados e autoritários; 5) Dados irrelevantes: são enfatizadas as características sociais dos produtos que têm pouca relevância para o *core business* da empresa; 6) Dos males o menor: a empresa afirma ser mais socialmente sustentável do que seus concorrentes, quando, na verdade, seus rivais também não são.¹⁰⁵⁵

Complementando a conformação da mensagem publicitária às boas práticas veiculadas pelas empresas, a proteção do ordenamento jurídico nacional vai adiante ao dispor ser desnecessário para o dano a configuração do erro de fato, não sendo necessário que o consumidor adquira o bem, bastando a possibilidade destes potenciais consumidores serem induzidos a erro para que se configure a prática ilícita da publicidade enganosa, independentemente de a conduta ser dolosa ou culposa.¹⁰⁵⁶

Isto posto, as falhas dos deveres de conduta relacionados ao comportamento socialmente ético veiculado pelas empresas, independentemente de serem oriundas de normas vinculantes ou programas de natureza voluntária (responsabilidade social corporativa/ESG), permitem a efetiva prevenção e possibilitam a reparação dos danos materiais e morais, tanto de ordem individual quanto transindividual dos consumidores efetivos ou potenciais (direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, conforme disciplinam os artigos 81, parágrafo único, I, II e III e 82 do CDC), nos termos do art. 6º, incisos II, VI e VII do CDC, por desrespeito do fornecedor à obrigação de prestar informações adequadas e claras à coletividade.¹⁰⁵⁷

¹⁰⁵⁵ PISTILLI, Giulia; COMIN, Gianluca; BALESTRIERI, Luca. **II Green Marketing**: la comunicazione della sostenibilità. 2015. 135 f. Tesi di Laurea [Master's Degree Thesis] - LUISS Guido Carli, Italia, 2015.

¹⁰⁵⁶ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. 2 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2007, p. 191-195.

¹⁰⁵⁷ “Em se tratando de educação e informação dos direitos e deveres voltados a fornecedores e consumidores, é direito básico do consumidor ter todas as informações possíveis a respeito do produto ou serviço que irá adquirir, conforme disposto no art. 6º, II, do CDC. Salienta que essa informação é imprescindível para que a educação seja consagrada, uma vez que informação e educação andam juntas, em que uma oferece detalhes do bem ou serviço e a outra estabelece a capacidade de escolha destes [...]. CARCHEDI, Karine Silva; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. A tutela jurídica do consumidor nas práticas empresariais de greenwashing. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Portugal, Ano 6, nº 1, pp. 1087-1110, 2020, p. 1096.

Destarte, muito embora se reconheça que a matéria de responsabilização de empresas pela enganosa publicidade social (*bluwashing*) seja incipiente no ordenamento jurídico nacional, tanto para propositura de ações individuais pelos consumidores quanto pelos concorrentes por prática de concorrência desleal, pode-se estabelecer um paralelo favorável à iniciativa proposta por esta tese com alguns casos em andamento nos Estados Unidos, onde diversos grupos tem apresentado litígios coletivos para combater o marketing enganoso praticado por gigantes de alimentos, buscando maior transparência corporativa e estímulos à adoção de práticas menos prejudiciais.¹⁰⁵⁸ Especificamente sobre as ações coletivas, Joseph E. Stiglitz acredita que seja uma das formas mais eficazes para responsabilizar as empresas, tanto nacionais como internacionais, pois os consumidores prejudicados podem ser reunidos em um único processo judicial, com maior capacidade representativa para obter uma maior compensação pelos danos sofridos¹⁰⁵⁹ (vide maiores digressões no tópico 4.1.6.4).

Apesar de não se desconsiderar a diferença e alcance do sistema *class action* estadunidense em paralelo às ações coletivas brasileiras, essa afirmação também pode ser considerada possível ao cenário brasileiro, uma vez que as ações coletivas não só atraem maior atenção da sociedade sobre os problemas comuns enfrentados em decorrência das violações cometidas pelas empresas, mas também em virtude da sua potencial agilidade de julgamento e reparação dos danos sofridos. Nas ações coletivas, também são discutidos direitos mais amplos do que nas individuais, o que permite maior garantia de proteção aos direitos humanos e fundamentais.¹⁰⁶⁰ Localmente, pode-se postular a defesa pela via de ações coletivas, conforme expressa previsão do art. 5º da Lei 7.343/85 e do art. 82 do CDC¹⁰⁶¹, que atribuem o poder de tutelar os interesses individuais homogêneos na via coletiva por meio de órgãos estatais e da sociedade civil, papel desempenhado por instituições como o PROCON – Coordenadoria de

¹⁰⁵⁸ JACOBS, Andrew. Lawsuits Over ‘Misleading’ Food Labels Surge as Groups Cite Lax U.S. Oversight. **New York Times**, New York, Science. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/09/07/science/food-labels-lawsuits.html>. Acesso em: 24, out. 2021.

¹⁰⁵⁹ STIGLITZ, Joseph E., **Globalização: como dar certo**. São Paulo, Companhia das Letras, 2007. p. 328-330.

¹⁰⁶⁰ CARDIA, Ana Cláudia Ruy. Derechos humanos y empresas en Brasil: ¿Avance por medio de la tragedia? In: RIVERA, Humberto Cantú (org.). **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. Instituto Interamericano de derechos humanos. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017. p. 224.

¹⁰⁶¹ “Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – o Ministério Público; II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código; IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.”

Proteção e Defesa do Consumidor (por meio do da Procuradoria Geral do Estado)-, Associações, do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos entes Políticos e Públicos, que devem destinar o valor indenizatório para os fundos de direitos difusos e coletivos previstos no art. 13 da LACP.

Embora alguns casos de bluewashing tenham como pano de fundo as relações laborais, entendemos que a competência por ações envolvendo o tema são da esfera da Justiça Comum e do Ministério Público do Consumidor, eis que o direito violado é um direito eminentemente consumeral, pois o descumprimento da legislação laboral não é o objeto da questão, mas apenas serve para demonstrar o descumprimento da legislação do consumidor.¹⁰⁶²

As ações coletivas possuem um fundamento dúplice, de natureza sociológica e política, tendo em vista que visam garantir, respectivamente, o acesso à Justiça e a economia processual. No acesso à Justiça, o sistema soluciona as dificuldades encontradas pelo processo individual, permitindo a inclusão de demandas que seriam economicamente inviáveis, haja vista que o dano individual não compensaria os custos do ingresso em juízo, ao passo que o dano coletivo, via de regra, representaria um enriquecimento bastante significativo ao violador do direito. A abertura da legitimação para atuação em favor de direitos transindividuais soma em favor da tutela coletiva, pois o sistema individual simplesmente ignora a necessidade de proteção aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito.

Economiza-se processualmente na medida em que se permite a obtenção do máximo resultado com o menor custo, com a possibilidade de reunião dos processos em casos de conexão ou continência, a reconvenção, o litisconsórcio, dentre outros. A economia processual também se revela a instauração de um único processo coletivo, com representação adequada, ao invés de uma multiplicidade de demandas. Assim, esta via representaria uma simplificação do procedimento, redução de custos e concretizaria o princípio da isonomia, evitando decisões disformes em desfavor dos tutelados e favorecendo a violador dos direitos coletivos, portanto, representaria a maior efetivação dos direitos.

Além das ações coletivas, a defesa dos direitos humanos no Brasil também conta com outras instituições, o Ministério Público e a Defensoria Pública, ambas com autorização constitucional para atuar na defesa dos direitos dos cidadãos. O Ministério Público com a incumbência de “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e

¹⁰⁶² WAKAHARA, Roberto. **Bluewashing, desrespeito aos direitos fundamentais, laborais e a propaganda enganosa.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 50, 2017. p. 174.

individuais indisponíveis” (CF, art. 127). A Defensoria Pública, com a orientação jurídica para “a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, independentemente da condição financeira do beneficiado, na forma do inciso LXXIV do art. 5º” da Constituição (CF, art. 134).¹⁰⁶³

Assim, o Ministério Público compete zelar pela proteção e efetivação dos direitos humanos *lato sensu*, podendo o Procurador Geral da República suscitar, junto ao STF, em qualquer fase de inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte (CF, art. 109, §5º). No mesmo sentido, o Ministério Público do Trabalho também compete a proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais em face de ilegalidades praticadas no seu âmbito. A instrumentalização se dá por meio de Inquérito Civil Público e Ação Civil Pública (art. 129, III, da CF; Lei n. 7.347/1985); Termo de Ajustamento de Conduta (art. 5º, §6º, da Lei n. 7.347/1985), a Recomendação (art. 6º XX, da LC n. 75/1993), a Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (art. 102, §1º, da CF) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 102, I, a, da CF).¹⁰⁶⁴

Ante ao exposto, demonstrado que a autonomia privada dos contratos estabelecem verdadeiros vínculos jurídicos, privilegiando a livre escolha dos sujeitos, não podendo mais se permitir que a) para os vínculos *ex voluntate*, se deixe de aplicar o princípio da autonomia privada; b) ou então, que para hipóteses de vínculos nascidos, *ex re* ou *ex lege*, se deixe de aplicar os princípios da solidariedade social e da boa-fé objetiva¹⁰⁶⁵, devendo os contratos de consumo (da sua proposição à adesão) traduzirem a efetiva manifestação da vontade quanto ao seu conteúdo para que se permita o exercício da escolha racional, sem prejuízo da devida observância das reais circunstâncias do caso concreto e da dinâmica negocial durante o processo obrigacional, do grau de suscetibilidade das partes, informação, redução de riscos, etc., que deve ser observada, naturalmente, conforme sejam as hipóteses de maior ou menor grau de

¹⁰⁶³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. p. 495-496.

¹⁰⁶⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. p. 499-500.

¹⁰⁶⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições do direito civil: direito das obrigações**. v. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 127-130.

vulnerabilidade e assimetria informacional.¹⁰⁶⁶ A equação econômica formada pelo contrato, nesse sentido, deve estar igualmente de acordo com os critérios da boa-fé objetiva e seus deveres anexos ou laterais, com os objetivos almejados pelas partes interessadas na relação contratual (consideradas em toda a extensão), em especial o dever de informação como critério de falha de mercado apto a fazer incidir a correção por meio da atividade jurisdicional ou no próprio poder estatal¹⁰⁶⁷, nos termos apresentados acima.

Todas as proclamações éticas disponibilizadas por empresas sobre o seu desenvolvimento produtivo – como são todas aquelas relacionadas ao cumprimento de obrigações voltadas aos direitos sociais (direitos humanos e meio ambiente) - se inserem em seu espírito empresarial (*core business*), integrando a sua boa-fé objetiva por meio da inserção dos deveres acessórios de conduta, tornando-se obrigatórias em relação aos consumidores (atuais ou potenciais). Por seu turno, o descumprimento destas proclamações em desfavor dos mais vulneráveis na relação de consumo, enseja em um vício na manifestação de vontade e liberdade de escolha qualificada dos consumidores, dada a acentuação da vulnerabilidade informacional decorrente do uso publicitário pró-lucro, atraindo a possibilidade de se – sem prejuízo de sancionamento administrativo - processar (de forma individual ou coletiva), responsabilizar e indenizar as vítimas com atenção ao duplice caráter do instituto indenizatório¹⁰⁶⁸ preventivo e punitivo-pedagógico para a prática do falso marketing, reestabelecendo a possibilidade de escolha racional dos consumidores, com reflexo positivo no bem-estar coletivo e na justiça social exercida através do ato de consumo.¹⁰⁶⁹

Além de todas as repercussões relativas à esfera de escolha dos consumidores, a manutenção de fornecedores no mercado também se traduz em meios de concorrência desleal

¹⁰⁶⁶ REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do contrato**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 145-148.

¹⁰⁶⁷ REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do contrato**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 152.156.

¹⁰⁶⁸ “[...]. Impende assinalar, de outro lado, que a fixação do quantum pertinente à condenação civil imposta ao Poder Público - presentes os pressupostos de fato soberanamente reconhecidos pelo Tribunal a quo - observou, no caso ora em análise, a orientação que a jurisprudência dos Tribunais tem consagrado no exame do tema, notadamente no ponto em que o magistério jurisprudencial, pondo em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza, quanto a tal aspecto, a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar ("punitive damages"), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro. [...]” BRASIL, STF, Rel. Min. Celso de Mello, Agravo de Instrumento n. 455.846. Julgado em 11/10/2004, DJ 21/10/2004.

¹⁰⁶⁹ VERBICARO, Dennis; FREIRE, Gabriela Ohana Rocha. O combate ao dumping social no mercado de consumo através do exercício qualificado da liberdade de escolha do consumidor. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**, v. 4, p. 1-18, 2019. p. 19-20.

quando os agentes se deparam com a extração de ganhos concorrenciais ilícitos oriundos da divulgação de informações inverídicas que induzam o consumidor em erro para desvio de clientela. Tais condutas encontram-se tipificadas como crime de concorrência desleal no art. 195 da LPI, sem prejuízo da repercussão na esfera de indenização civil, nos termos do art. 209 da LPI¹⁰⁷⁰ e enriquecimento sem causa previsto no art. 884 do CC (vide item 3.1.5 e 3.1.6).

Vale salientar, no entanto, que os atos contra o consumidor não são por si atos de concorrência desleal, somente se caracterizam como tais, aqueles atos que “ponham em causa a genuinidade da escolha, por parte destes”¹⁰⁷¹, de modo que os concorrentes poderão deduzir sua pretensão com base em práticas comerciais abusivas em desfavor dos consumidores quando, além de falsearem a livre escolha, tiverem o condão de desviar a cliente de modo ilegítimo. Desta forma, a tutela do consumidor é exercida tanto de maneira imediata/direta, a partir da LPI, pois o concorrente visa satisfazer seus próprios interesses, quanto de forma mediata/indireta, protegendo reflexamente os interesses dos consumidores.¹⁰⁷² (vide capítulos 3.1.5 e 3.1.6).

Desta maneira, torna-se possível a admissão no ordenamento jurídico da desarmonia concorrencial propagada pelo falso discurso de responsabilidade social empresarial, o *bluwashing*, sob pena de se aceitar a primazia da exploração econômica em detrimento da valorização social do trabalho humano, do bem-estar social, da defesa do consumidor, com a potencialidade de se prejudicar os concorrentes verdadeiramente éticos e responsáveis.

4.2.3 A incorporação dos direitos humanos no espírito empresarial por meio da autotutela contratual – cláusulas contratuais éticas e sua instrumentalização legítima e válida por mecanismos de *due diligence*

¹⁰⁷⁰ Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: [...]. III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; [...]. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

¹⁰⁷¹ ASCENSÃO, José Oliveira. O princípio da prestação: um novo fundamento para a concorrência desleal? *In*: ASCENSÃO, José Oliveira. et. al. **Concorrência desleal**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 29.

¹⁰⁷² FRANCA, Bárbara Gomes Navas da; SCAFF, Fernando Facury. **A tutela civil do concorrente: a responsabilidade civil e suas consequências**. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 57.

A estrutura de governança corporativa representa um conjunto de promessas¹⁰⁷³, cujo objetivo é favorecer a maximização de seu valor no interesse dos acionistas e de todas as partes envolvidas com a sociedade. São normas jurídicas e pré-jurídicas, de fonte interna ou externa¹⁰⁷⁴, das quais, por meio da teoria neo-institucional, o contrato é instrumento de exteriorização, onde a solução é muito mais imediata e sua vontade conformadora tem peso específico para ser capaz de contribuir nas soluções coletivas, nos padrões comunitários de moralidade e justiça.¹⁰⁷⁵ Assim, o contrato se integra em um fluxo de instrumentos de governança que correspondem a um amplo espectro de soluções de equilíbrio ou compromisso entre a solução de recursos a incentivos e a solução de recursos a controles administrativos.¹⁰⁷⁶

Do ponto de vista econômico, deve-se assumir que as relações negociais são realizadas em ambientes de constante fricção, afetados por custos de transação positivos, de modo que a disciplina contratual “procura ser uma resposta estruturada a problemas de coordenação, ou pelo menos os mais proeminentes, como o risco, o oportunismo, a assimetria informativa, a

¹⁰⁷³ AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **O ativismo acionário dos investidores institucionais e governança corporativa nas campanhas abertas brasileiras: a análise jurídica da economia do mercado de capitais.** 2011. 261 p. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011. p. 21.

¹⁰⁷⁴ “A lei brasileira relaciona, entre os deveres do controlador, a perseguição do fim social da empresa. Essa expressão – fim social – tem sido interpretada de forma larga, nem sempre direcionada para a preservação da empresa, se se considerar que outros interesses podem prevalecer. De toda forma, parece que os administradores não podem mais balizar suas decisões apenas pelo critério da maximização do valor para os acionistas. Devem procurar maximizar o valor da empresa. [...]. o legislador brasileiro tende a privilegiar não a função social e sim o interesse social, debate que facilita a inclusão de interesses estranhos à sociedade (empresa), tais como interesse do Estado, ainda que se trate de sociedade da qual não participe.” MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito.** Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 578; 601-603.

¹⁰⁷⁵ O comunitarismo é um conceito que valoriza a comunidade como um bem em si, assim com a igualdade e a liberdade, sendo o espaço no qual os indivíduos possam se exprimir e partilhar valores. CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 3. ed., 2004. p. 86. A visão comunitarista enfatiza a cultura e o grupo social que conferem identidade aos indivíduos reduzidos pelas tendências desenraizadoras da sociedade liberal. O indivíduo não é anterior à sociedade, é construído por fins que não escolhe, mas que descobre em função de sua vida em contextos culturais compartilhados na sociedade. WALZER, Michael. **Política e paixão: rumo a um liberalsimo mais igualitário.** Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 210-211 e 222. A crítica comunitarista dirigida ao liberalismo é contra o universalismo e abstração dos princípios de justiça de John Rawls, de modo que os critérios de justiça não podem ser descontextualizados dos valores, tradições e costumes. SEMERARO, Giovanni. **Gramsci e a Sociedade Civil.** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 259. Desta forma, se apresenta como uma crítica ao individualismo, à dissolução dos vínculos familiares, comunitários e nacionais, bem como a toda visão contratualista e mercantilista introduzida na sociedade atual pelo projeto da modernidade. Para os comunitarista, o eu sem vínculo dos liberais é, antes de tudo, um indivíduo destituído de dimensão moral e comunitária e não um sujeito livre e autônomo. Cabe ressaltar que os comunitarista insistem no bem comum, nos deveres e na solidariedade para com a sociedade à qual pertencem. Neste sentido, os valores da solidariedade, reciprocidade e os laços comunitários irão prevalecer, naturalmente, sobre as leis do mercado e a lógica da política.

¹⁰⁷⁶ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato.** Coimbra: Almedina, 2007. p. 93-96.

racionalidade limitada”¹⁰⁷⁷, apta à promoção de um maior grau de garantia e confiança entre as partes envolvidas e, assim, coordenar as ações com maior cooperação para reduzir os riscos. A cooperação, promovida pela exigibilidade dos contratos, implica a formação de compromisso, que, por sua vez, transforma a promessa em obrigação.¹⁰⁷⁸

É importante salientar, que embora mecanismos contratuais não resolvam as questões de direitos humanos das empresas por si só, eles podem contribuir para um melhor cumprimento. Nesse sentido, as proclamações socialmente éticas decorrem de condutas implícitas (do espírito empresarial - lastreado pelo ordenamento jurídico) e/ou explícitas (das regulações privadas como são seus códigos de condutas e contratos), pois as relações jurídicas - superando a atenção nas situações individualmente consideradas - encontram a sua justificação e o seu próprio ponto de confluência nas situações subjetivas, da sua correlação com o todo coligado com os deveres gerais, específicos e os interesses de terceiros, visto que o ordenamento jurídico não é somente um conjunto de normas (em seu sentido estreito), mas um sistema de relações. A conexão das situações subjetivas na relação jurídica exprime a exigência de valorar o comportamento não somente no momento estático, que é a descrição do efeito, mas também no seu momento dinâmico, como o regulamento de interesses – conjunto de cláusulas, preceitos, prerrogativas e atribuições-, que constitui a harmonização das situações subjetivas, que deve exprimir o porquê da sua existência, a função prática social a qual responde.¹⁰⁷⁹

Para se buscar resultados práticos e reais, certos padrões de conduta ética, além daqueles já impostos pelo *enforcement* público, podem/devem ser incorporados aos contratos propriamente ditos, por meio da inserção das denominadas *cláusulas éticas*, que determinam o reforço no dever de conduta às obrigações excepcionais do ponto de vista socioeconômico. A concepção das cláusulas éticas nos é introduzida pelas lentes de Katerina Peterkova Mitkidis - *sustainability contractual clauses* -, como disposições em contratos que abrangem questões sociais e ambientais que não estão diretamente relacionadas com o objeto do contrato específico, ou seja, estas cláusulas não se endereçam a especificar a espécie/qualidade dos produtos e serviços, mas sim em prescrever como as partes devem usualmente se comportar na

¹⁰⁷⁷ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 99-100.

¹⁰⁷⁸ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 4. Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 145.

¹⁰⁷⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 727-737.

condução dos negócios, considerando que a violação destes termos de conduta podem ter um impacto reputacional com repercussões nos resultados econômicos de longo prazo.¹⁰⁸⁰

As contractual mechanisms might have the advantage of (better) enforcement than a human rights policy in itself, they may contribute to improved human rights compliance by suppliers. Moreover, human rights policies in themselves are oftentimes considered to be rather ineffective by non-governmental organizations (NGOs). It is conceivable that bridging the gap between human rights policies and contractual mechanisms through better aligning them may contribute to better human rights compliance by suppliers. Thus, contractual mechanisms should be considered to be an integral part of human rights policies and those policies should elaborate on the utilisation and shape of the contractual mechanisms to advance human rights compliance by suppliers.¹⁰⁸¹

Em nosso ordenamento jurídico, a incorporação de cláusulas éticas aos programas contratuais encontra correspondência com os deveres anexos ou instrumentais da boa-fé (também chamados de laterais), atuando para otimizar o adimplemento satisfatório, fim da relação obrigacional. Os deveres anexos não atinem ao ‘que’ prestar, mas ao ‘como’ prestar, sendo que a sua integração decorre de qualquer uma das seguintes hipóteses: de (i) textos legais, (ii) cláusulas contratuais ou da (iii) incidência do princípio da boa-fé objetiva, como mandamento de lealdade e probidade.¹⁰⁸²

As aplicações judiciais dos deveres acessórios, que consomem, no termo de uma evolução registrada, a violação positiva do contrato, permitem constatar um alargamento decisivo da figura. Num fenômeno paralelo ao sucedido com a culpa *in contrahendo*, verifica-se que o seu âmbito transcende em muito o da mera contratualidade. Os deveres acessórios de proteção nada têm a ver com a regulação contratual e com a sua execução fiel pelas partes. Visam, na verdade, obstar a que, na ocasião do efectivar das prestações e dadas as possibilidades reais de agressão e ingerência provocadas por essa conjuntura, as partes se venham a infligir danos mútuos. A relação com o contrato, caso exista e seja ela qual for, não explica nem orienta esses deveres: eles radicam em níveis diversos da ordem jurídica, profundos sem dúvida, mas alheios à autonomia privada. [...] a «lealdade» em jogo transcende o respeito pelo contrato; corporiza, antes, parâmetros diversos do sistema que afloram a pretexto do contrato. [...] A boa fé constitui, como noutras das suas aparições, já detectadas ou a detectar, um processo cómodo de, com apoio juspositivo, remeter para

¹⁰⁸⁰ MITKIDIS, Katerina Peterkova. Sustainability Clauses in international supply chains contracts: regulations, enforceability and effects of ethical requirements. *Nordic Journal of Commercial Law*, n. 1, 2014. p. 5-6.

¹⁰⁸¹ SCHELTEMA, Martijn. The Mismatch between Human Rights Policies and Contract Law: Improving Contractual Mechanisms to Advance Human Rights Compliance in Supply Chains. In: L.F.H. Enneking et al. (eds.), *Accountability and International Business Operations: Providing Justice for Corporate Violations of Human Rights and Environmental Standards*. London: Routledge, 2018.

¹⁰⁸² “Os deveres anexos são derivados ou de cláusula contratual, ou de dispositivo da lei ad hoc ou da incidência da boa-fé objetiva, considerada como mandamento de lealdade e probidade.” ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 12 ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 77. No mesmo sentido: MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 242.

a magma imensa do sistema, onde as intenções normativas mais profundas do jurídico, ainda que de modo insciente, ganham materialidade.¹⁰⁸³

A incidência dos deveres anexo, inclusive, se estabelece para os casos de carência ou inidoneidade da regulamentação consensual, sendo a hipótese de heterointegração contratual, configurando tais deveres como ‘avoluntarísticos’, pois a sua fonte de incidência encontra-se vinculada aos modelos prescritivos da boa-fé que integram o conteúdo contratual, sendo necessários para possibilitar o adimplemento satisfativo, que ocorre por via das funções hermenêutica e integrativa da boa-fé.¹⁰⁸⁴

Analisando a prestação contratual (obrigação) sob a perspectiva funcional importa a sua compreensão enquanto relação jurídica que não deve ser reduzida às fórmulas simplistas de mera contraposição entre a situação jurídica ativa, constituída por poderes, e a passiva, integrada por deveres e sujeições. Esta fórmula relega a segundo plano a função da relação, atendo-se ao seu aspecto estrutural, que compreende além dos sujeitos ativo e passivo, o vínculo e o objeto. O relacionamento obrigacional, desta forma, se torna complexo para abranger junto à prestação, deveres de conduta, direitos potestativos e situações de sujeição, caracterizadas por vários vínculos obrigacionais (prestações principais, acessórias e anexas) interligados numa unidade funcional. A unidade prestacional justificará a relação, sendo dirigida por uma série dinâmica de atos ligados entre si com simbiótica interdependência, resumindo a expressão dos poderes e deveres de ambas as partes que se direcionam, reciprocamente, ao adimplemento contratual, nos seus legítimos interesses que podem ser tanto patrimoniais (com valoração econômica) quanto extrapatrimoniais/existenciais (“inicialmente” sem valoração econômica), esta última com fundamento constitucional, por meio das cláusulas gerais de tutela da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁸⁵

Como consequência obrigacional, seus efeitos se irradiam aos terceiros - direta e indiretamente atingidos pelo programa contratual - por subsunção contratual aos princípios da

¹⁰⁸³ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 615-616.

¹⁰⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 242.

¹⁰⁸⁵ SALLES, Raquel Bellini. **Autotutela das relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019. p. 105-109.

socialidade, operabilidade e eticidade¹⁰⁸⁶, guardados pelas partes durante todas as fases contratuais.¹⁰⁸⁷ Ao se comprometerem com cláusulas e *standards* éticos tem-se a expectativa de que, em todas as suas relações, tais valores serão respeitados, podendo o contraente exigir o mesmo comportamento do seu parceiro negocial, compondo tal situação pré-contratual como um dos objetos do respectivo contrato, vez que seus atos comerciais e resultados estarão diretamente vinculados aos seus éticos padrões de conduta, oriundas legitimamente de (i) textos legais, (ii) cláusulas contratuais ou da (iii) incidência do princípio da boa-fé objetiva, como mandamento de lealdade e probidade.

The list of covered issues shows that SCCs protect rather general public interests than private interests of the contractual parties. The protected subjects are then third parties external to the specific deal, such as the suppliers' employees. This does not correspond to the common understanding of a contract as a framework for a private transaction stipulating the rights and obligations of the parties to facilitate a specific exchange. Moreover the protected economic interests are of long-term character (e.g. reputation building) rather than maximizing benefits of the specific exchange.¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸⁶ Entre os princípios básicos que norteiam a elaboração do novo Código Civil brasileiro destacam-se os referentes à eticidade, a socialidade e a operabilidade, os quais representam a assimilação de novos valores do ordenamento jurídico. Quanto à socialidade, procurou-se minimizar a marcante individualidade que impregnara o Código Civil de 1916, herança do Iluminismo e da pandectística alemã, fazendo predominar o aspecto social. Dentro dessa linha, inseriu-se a previsão de que os contratos devem atender sua função social. O princípio da operabilidade manifesta-se pela facilidade na interpretação, integração e aplicação das regras insertas no texto legal, procurando-se evitar os excessos advindos de uma linguagem predominantemente técnica. O princípio da eticidade, objeto deste estudo, consagra a presença de valores éticos no ordenamento, sem descurar-se dos aspectos mais rigorosamente coltados para a técnica jurídica e precisão linguística. Por isto, é comum observar no novo Código certas regras que levam em consideração o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes. Levando-se em conta que a técnica jurídica não pode se sobrepor aos valores éticos que devem orientar a celebração dos contratos [...]. que levam em consideração o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes. Levando-se em conta que a técnica jurídica não pode se sobrepor aos valores éticos que devem orientar a celebração dos contratos. GONÇALVES, Oksandro. O princípio da eticidade no direito contratual. *In*: Nalin, Paulo (Org). **Princípios de Direito Contratual - Contratos & Sociedade**. vol. 1, 1 ed. (2003), 3 reimp (ano 2010). Juruá Editora: Curitiba. p. 25-26.

¹⁰⁸⁷ “An investor’s human rights responsibilities continue after making an investment, including monitoring their portfolio companies to identify any new or emerging human rights risks, especially in instances where the business nature of the entity changes through time. Investors, including venture capital firms, should also insist that their investees conduct their own human rights due diligence. The responsibility to try to prevent and mitigate adverse human rights impacts applies to all venture capital firms that invest in a company. [...]. Once an investor has identified potential or actual adverse impacts, they should engage with their investee company and exert their leverage to mitigate these adverse impacts. In cases where the investor cannot prevent or mitigate the human rights impact identified (either because mitigation attempts have failed, mitigation is not feasible or the adverse impact is severe), then it must avoid or cease undertaking the relevant activity – for instance by ensuring that its funds are ring-fenced and do not finance the rights-abusing activity or, as a last resort, where necessary divesting responsibly from the company in accordance with the UN Guiding Principles. The investor should also publicly and transparently provide information about the steps taken to ensure that divestment was done responsibly taking into consideration and carefully assessing any potential unintended consequences.” Amnesty International. **Risky Business**: How leading venture capital firms ignore human rights when investing in technology. London, 30 jul. 2021. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/doc10/4449/2021/en/>. Acesso em 18 out. 2021.

¹⁰⁸⁸ MITKIDIS, Katerina Peterkova. Sustainability Clauses in international supply chains contracts: regulations, enforceability and effects of ethical requirements. **Nordic Journal of Commercial Law**, n. 1, 2014. p. 6.

Compondo o objeto obrigacional do contrato, as situações extrapatrimoniais abrangem vários deveres que podem ser chamados de instrumentais, os quais, embora sem deter contrapartida pecuniária, estão a serviço das situações patrimoniais, a exemplo dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva. Da mesma maneira, algumas situações patrimoniais podem ser consideradas instrumentais à realização de certos interesses existenciais, como seria as situações de fornecimento de bens e serviços essenciais. O inadimplemento de qualquer um destes deveres prestacionais relacionados à boa-fé, leva ao inadimplemento contratual pela lesão de um interesse legítimo, que pode estar relacionado tanto ao objeto principal (patrimonial) da prestação quanto aos deveres anexos de conduta (não-patrimoniais).¹⁰⁸⁹

Diferentemente da vinculação simplesmente estrutural – mera ligação entre as situações -, onde não se pode individuar efetivamente a disciplina, na sua função, a relação subjetiva e causal permite o exercício de poderes e deveres específicos nos atos negociais, como a oposição por inadimplemento (parcial ou total). Se parcial, pois o impedimento que produziu a impossibilidade cessou, a obrigação sofre uma modificação com redução quantitativa de sua operatividade, induzindo em responsabilidade por perdas e danos; Se total, pode haver uma extinção da relação jurídica, na medida em que não se pode afastar a possibilidade de que o credor, tendo em vista o título da obrigação e a natureza do objeto, não tenha mais interesse relevante em receber a prestação por um motivo legítimo, inclusive se se relacionar com um dever de conduta (integrativo da obrigação principal), de onde o inadimplemento enseja a perda da utilidade ou um interesse na conservação da relação jurídica.¹⁰⁹⁰

Assim, as relações jurídicas – sobretudo aquelas que tenham confluência protetiva em direitos humanos - podem-se estabelecer coligações com conteúdos e significados diversos, mas efetivamente relevantes para a concretização dos objetivos pretendidos. Tratam-se da (i) coligação de acessoriedade, como é a garantia ao cumprimento das obrigações; a (ii) coligação de integração, onde a prestação principal de um controle se flanqueia a uma série de prestações acessórias, aqui considerados comportamentos que concretizam a função da relação principal, removendo obstáculos ou especificando ulteriores comportamentos concretizadores, protegendo interesses postos em perigo pela execução da prestação principal; a (iii) coligação de solidariedade, nas hipóteses de convergência de uma pluralidade de relações, cada uma com

¹⁰⁸⁹ SALLES, Raquel Bellini. **Autotutela das relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019. p. 109-111.

¹⁰⁹⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 7

seu próprio titular, mas com idêntica prestação; ou nas quais uma única relação tem uma pluralidade de sujeitos co-titulares da situação ativa e/ou passiva; a (iv) coligação por função, nas relações correspectivas (sinalagmáticas), onde cada relação se justifica em função da outra, nos contratos com comunhão de escopo.¹⁰⁹¹

As expectativas sociais, desta maneira, não se refletem apenas na legislação, mas também em instrumentos autoritários das Nações Unidas e da OCDE, em particular os Princípios Norteadores das Nações Unidas sobre negócios e Direitos Humanos e as Diretrizes da OCDE para empresas multinacionais.¹⁰⁹² Embora esses quadros sejam de natureza não vinculante, eles podem servir como padrões vinculativos se forem implementados em contratos como os de cadeia de suprimentos, financiamento de projetos, contratos de empréstimo ou seguro de crédito de exportação. Algumas partes, por exemplo, em seus contratos de fornecimento, podem fazer referência a estas estruturas e exigirem que seus fornecedores (em todos os níveis – subcontratados e terceirizados – cláusula de perpetuidade¹⁰⁹³) as cumpram, assim, tornando-as vinculantes por meio de contrato.

No entanto, a mera menção ao cumprimento de tais postulados principiológicos pode não tornar clara quais são especificamente as obrigações a serem cumpridas pelas partes, exigindo dispositivos específicos. Além disto, alia-se o fato de que devem-se estabelecer mecanismos de denúncia-reclamação por aqueles que forem atingidos pelas práticas ilícitas (comunidades locais, consumidores, etc.), permitindo que os danos sejam remediados de maneira integral.¹⁰⁹⁴ Para se superar o viés de legitimidade e vinculação, a conexão das situações subjetivas na relação jurídica deve exprimir, do seu centro empresarial, dos

¹⁰⁹¹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 741-743.

¹⁰⁹² Esses instrumentos também podem ser encontrados em setores específicos, como os princípios do Equador e os Padrões de Desempenho Social e Ambiental da IFC no setor financeiro e os Princípios Voluntários sobre Segurança e Direitos Humanos na indústria extrativa.

¹⁰⁹³ “Moreover, if two contracting parties want to create obligations for a third party, they may use a perpetual clause in the agreement, which provides for the possibility that contractual obligations between two parties are continued to their successors. An example of this in a CSR context is that the MNC provides that the COC not only applies to their contractual relationship, but that the supplier must also apply this COC in the contracts with its sub-tier suppliers, as a result of which the COC of one MNC can possibly apply to the entire supply chain. This chapter will describe the requirements that must be met in order for third parties to derive rights or obligations from a contract.” VYTOPIL, Anna Louise. **Contractual Control in the Supply Chain On Corporate Social Responsibility, Codes of Conduct, Contracts and (Avoiding) Liability**, Eleven: Netherlands, 2015. p. 79.

¹⁰⁹⁴ SCHELTEMA, Martijn. The Mismatch between Human Rights Policies and Contract Law: Improving Contractual Mechanisms to Advance Human Rights Compliance in Supply Chains. *in*: L.F.H. Enneking et al. (eds.), **Accountability and International Business Operations: Providing Justice for Corporate Violations of Human Rights and Environmental Standards**. London: Routledge, 2018.

fundamentos da sua existência e função prático social, as exigências de valores comportamentais dinâmicos para poder se harmonizar em todas as suas relações jurídicas subjacentes. A função do negócio jurídico pretendido abrange a compreensão de que qualquer interesse social será merecedor de tutela por parte do ordenamento jurídico, desde que cumpra o papel de função idônea a justificar o ato de autonomia privada (legitimidade). A causa do contrato¹⁰⁹⁵ se constitui, efetivamente, do encontro concreto dos interesses das partes com os efeitos essenciais previstos contratualmente.¹⁰⁹⁶

É o comportamento reputacional das partes que demonstrará o merecimento à tutela jurídica pretendida, determinando o alcance dos efeitos essenciais pretendidos pelo negócio contratado com a confirmação do respectivo adimplemento caso não se encontrem cumpridos os deveres de conduta. Assim, “a essencialidade dos efeitos correspondentes aos concretos interesses das partes, portanto, não é passível de ser aferida *a priori*, dependendo do concreto regulamento de interesses estabelecido pela autonomia negocial”, de modo que “tampouco basta a mera qualificação dos deveres se não forem perquiridos os efeitos que o seu respectivo inadimplemento efetivamente produz sobre a concreta relação contratual, ou seja, sobre o resultado útil programado”.¹⁰⁹⁷ Neste requisito, se depreende que além de poucas as regulamentações voluntárias sobre responsabilidade social, estas se limitam a implementar políticas gerais que permeiam desde a inveracidade - nos casos mais graves - até o alta grau de superficialidade, desacompanhadas de fiscalização, o que deve ser corrigido para permitir uma efetiva vinculação das partes.

Por exemplo, a falta de legitimidade e vinculação pode ser encontrada em regulações privadas (i) inverídicas ou contraditórias, quando a empresa que estipula regras de conduta empresarial exige um comportamento ético dos parceiros e, ao mesmo, tempo é incapaz de seguir os próprios postulados, sendo incapaz, desta forma, de exigir o programa contratual e impor as suas sanções. Esta atitude é representada no direito como comportamento contraditório, expresso pela fórmula *tu quoque*, onde a contradição não se encontra no

¹⁰⁹⁵ Sobre a utilidade da causa contratual, suas funções e respectivo desempenho: “i) serve a dar juridicidade aos negócios, em especial a contratos atípicos, mistos ou coligados; ii) serve a delimitá-los através do exame da função que o negócio irá desempenhar no universo jurídico; iii) serve, enfim, a qualifica-los, distinguindo seus efeitos e, em consequência, a disciplina a eles aplicável.” MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos, **RTDC**, v. 21, jan/mar 2005. p. 107.

¹⁰⁹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos, **RTDC**, v. 21, jan/mar 2005. p. 100.

¹⁰⁹⁷ SALLES, Raquel Bellini. **Autotutela das relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019. p. 118.

comportamento do titular em si, mas nas bitolas valorativas por ele utilizadas para julgar e julgar-se. Trata-se de um comportamento incoerente, que fere as sensibilidades primárias, éticas e jurídicas, quando uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir a exigir a outro seu acatamento.¹⁰⁹⁸

O *tu quoque* tem, porém, uma função explicativa e sistematizadora. Transcende, por isso, os meros contratos sinalagmáticos, cujo nível jurídico imanente traduz, aliás, de modo sugestivo. Nos contratos sinalagmáticos, o Direito valorava uma estrutura ôntica disfarçada pelo contracenar de duas prestações de sentido contrário. O *tu quoque* revela, então, que não interessa, dogmaticamente, a posição desenraizada de cada um. Ora tal vector não se limita aos sinalagmas: estes não são a única situação jusmaterial subjacente às posições subjectivas formais. Assim, no campo contratual não sinalagmático, existe, sob os clausulados formais, uma economia real que deve ser respeitada. A pessoa que viole deveres pode alterar essa economia. Não deve, depois, apelar o contrato, como se nada houvesse mudado; caso o faça, pode-se contrapor-lhe o *tu quoque*, numa extensão da excepção do contrato não cumprido. [...].

No exercício de posições indevidamente obtidas, a tónica tem sido colocada na inadmissibilidade da sua constituição. Trata-se de pura ilusão óptica advinda do recurso à expressão posição indevidamente obtida ou do correspondente recurso ao próprio não direito. Caso o direito contemplasse essa conjuntura por tal prisma, a solução imediata seria, com naturalidade, a impugnação da própria proposição a exercer, nas suas bases. [...]. Assim entendido, o exercício de posições indevidamente obtidas perde a característica que, na leitura de TEUBNER, o afastaria do *tu quoque* contratual. Em contemplação normativa, verifica-se que, também naquele, ocorre uma situação na qual o titular-exercente apela para normas que ele próprio desrespeitou. Vai-se ver como, porquê e com que efeitos. [...].

A pessoa que, mesmo fora do caso nuclearmente exemplar do sinalagma, desequilibre, num momento prévio, a regulação material pode, depois, pretender, como se nada houvesse ocorrido, exercer a posição que a ordem jurídica lhe conferiu. Distorcido o equilíbrio da base, sofre-lhe as consequências. A nova situação criada altera a configuração da posição jurídica do exercente; no limite, pode ir até a extinção.¹⁰⁹⁹

A disposição de condutas oriundas de preceitos éticos inverídicos pelas partes, ou seja, daqueles não inseridos efetivamente em sua conduta empresarial prévia, ensejam insegurança jurídica ao programa contratual, pois além de ser culturalmente censurável o emprego de dois pesos e duas medidas, o direito acolhe tal rejeição, de forma geral e residual (como no *tu quoque*) ou específica, como na *exceptio non adimpleti contractus*, regra esta disposta no art.

¹⁰⁹⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 843.

¹⁰⁹⁹ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 847-851.

476 do Código Civil¹¹⁰⁰ com aderência jurisprudencial.¹¹⁰¹ Trata-se, assim, de uma estrutura condicional e final nos contratos bilaterais, com deveres primários de prestação interligados, compondo o conjunto de equilíbrios recíprocos que deve ser mantido pelas partes, com prestação e contraprestação em relação de recíproca causalidade, intercâmbio ou interdependência, assegurando que as posições contratuais sejam mantidas na fase de execução contratual, sob pena de violação do sinalagma.¹¹⁰²

A falta de legitimidade e vinculação também pode ser encontrada em regulações privadas (ii) insuficientes (fracas), por exemplo, onde os códigos de condutas variam de empresa para empresa, com algumas disposições relativamente vagas, implementando uma obrigação de cumprir com todos os locais relevantes de regulação, com linguagem de conformidade em relação às condições dos trabalhadores, não havendo uso, por exemplo, em produção compatível com direitos humanos ou vedação ao uso de trabalho análogo à escravidão ou trabalho infantil; outros códigos miram tais metas, no entanto não impõem mecanismos verificadores para atingi-las; poucos códigos requerem Livre e Prévio Consentimento Informado de terceiros, nos casos em que algum fornecedor usa terras pertencentes a esses terceiros para suas operações; algumas empresas só publicam códigos de conduta de fornecedores, sem implementá-los através de mecanismos contratuais; outras implementam um código de conduta através de termos e condições gerais, de onde os contratos nem sempre fazem referência; outra categoria de empresa considera tais códigos como um elemento principal de seu contrato com fornecedores, no entanto, não há implementação com documentos auxiliares, como termos gerais ou contratos comerciais de longo prazo; finalmente, o monitoramento da

¹¹⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 703. A autora complementa: “[...]. Ambas figuras seguem a mesma ratio, de modo que a exceptio pode ser vista como uma especificação do tu quoque, cujo papel é, ao mesmo tempo, geral e residual, isto é: quando não incide a exceção, poderá ser invocado, conforme as circunstâncias, para apontar à ilicitude configurada na conduta de quem exige de outrem o cumprimento da regra fraudada por si. A ideia central, portanto, é: não é lícito exigir de outrem determinada conduta (ou prestação) se quem exige deveria ter tido a mesma conduta (ou ter prestado), mas não o fez (ou não prestou).”

¹¹⁰¹ Por exemplo, Judith Martins Costa indica decisão do Tribunal de Justiça de Alagoas: “Sendo o contrato um instrumento que consiste na interdependência de obrigações das partes contratantes e não inquinado de vícios que o possam anular, e, por outro aspecto, não ocorrendo violação de qualquer das cláusulas, nem comprovada inadimplência de espécie alguma, o contrato não pode ser invalidado. [...]. Não pode invocar inadimplência, mormente no âmbito da ação resolutiva do contrato, a parte que deu causa à violação da cláusula, ao descumprir obrigação assumida no acordo.” BRASIL, TJAL. Ap. Cív. 10.025. Primeira Câmara. Relator Des. José Agnaldo de Souza Araújo. Julgamento em 30.05.1994. Publicado na **Revista dos Tribunais**, vol. 716, São Paulo, Revista dos Tribunais, jun. 1995. p. 246.

¹¹⁰² MARTINS-COSTA, Judith. **Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 707-709.

conformidade e aplicação dos códigos de conduta variam de virtualmente nenhuma ação do comprador para monitoramento rigoroso da fiscalização, inclusive com auditorias de terceiros, que podem até mesmo ser realizadas com o auxílio de ONGs locais para fins de verificação de conformidade com o código de conduta.¹¹⁰³

A expressa inserção dos deveres de conduta, portanto, ensejam o alargamento do objeto da obrigação, que já não se restringe ao comportamento do credor que apenas cumpria o seco adimplemento da obrigação principal; tem-se a adoção de uma renovada concepção personalista da obrigação, desancorada da ótica puramente patrimonial, que permite à exigência de um comportamento cooperativo para a satisfação dos interesses contratuais, abrangendo a prestação principal, com os respectivos deveres primários e secundários, e os deveres de conduta, cujo conjunto conforma uma estrutura apta a realização da função e do objeto e, conseqüentemente, da relação obrigacional em ordem com a função socioeconômica do contrato.¹¹⁰⁴

Com esta instrumentalização em favor das obrigações relacionadas aos direitos humanos, o contrato novamente se volta à consagração da pessoa humana e seus valores sociais de dignidade, a partir de diretivas do mercado unidas da ordem econômica constitucional, pois disciplina não apenas interesses das partes, mas também aqueles que são socialmente legitimados e incidem na relação contratual de maneira indireta, como são, entre outros, os direitos humanos, trabalhistas, meio ambiente e o combate à corrupção, vetores Pacto Global (instrumento de responsabilidade social corporativa).¹¹⁰⁵ Desta forma, na medida em que o contrato possui uma indissociável função econômica e social, não servindo apenas para a circulação de riquezas, mas também para auxiliar na emancipação da pessoa humana e na implementação de políticas que visam ao desenvolvimento da sociedade, recepciona-se a

¹¹⁰³ SCHELTEMA, Martijn. The Mismatch between Human Rights Policies and Contract Law: Improving Contractual Mechanisms to Advance Human Rights Compliance in Supply Chains. *in*: L.F.H. Enneking et al. (eds.), **Accountability and International Business Operations: Providing Justice for Corporate Violations of Human Rights and Environmental Standards**. London: Routledge, 2018.

¹¹⁰⁴ SALLES, Raquel Bellini. **Autotutela das relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019. p. 113-116.

¹¹⁰⁵ “Principios 1 y 2, en los que se establece que las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados a nivel internacional, y asegurarse de no ser cómplices en situaciones de abuso de derechos humanos. Principios 3 al 6, donde se refiere que las empresas deberán garantizar la libertad de Asociación y el reconocimiento efectivo a la negociación colectiva, eliminar todas las formas de trabajos forzados o de trabajo infantil, y erradicar la discriminación en el área de trabajo. Principios 7 al 9, indicándose en ellos que las empresas deben favorecer el enfoque precautorio ante los riesgos ambientales, emprender iniciativas que favorezcan una mayor responsabilidad ambiental, y alentar el desarrollo y difusión de tecnologías favorables al medio ambiente. El último principio refiere que las empresas deben luchar contra todo tipo de corrupción, incluyendo la extorsión y el soborno.” RIVERA, Humberto Cantú. **La responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos**. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018. p. 33.

possibilidade de inserção das cláusulas contratuais vinculadas à proteção e promoção dos direitos humanos.¹¹⁰⁶

A incorporação das cláusulas éticas aos instrumentos contratuais impõe uma consequência de natureza prática, mandamental e executória às relações negociais, pois será a sua expressa disposição, aliada ao comportamento reputacional de longo prazo que irá dar contornos de resultado útil aos interesses das partes. Isto quer dizer, por outro lado, que somente o interesse manifesto aliado à conduta concreta dos contraentes que dará sentido ao resultado útil pretendido pelas partes, com a percepção de efeitos essenciais (patrimoniais e extrapatrimoniais) decorrentes do contrato celebrado, que, desta forma, irão se identificar com a própria causa do negócio celebrado.¹¹⁰⁷ Pois, quando se inserem e efetivam *standards* éticos de conduta, a sua não observância pode configurar um inadimplemento essencial do contrato eis que, nestas situações, o atendimento a padrões éticos pode ser um dos interesses essenciais de uma ou de ambas as partes:

O inadimplemento não é, pois, nem a simples ausência de cumprimento nem a mera não-realização da prestação devida: constitui, especificamente, a não-realização da prestação devida na medida em que essa não-realização corresponda à violação da norma (legal, convencional, imposta pelos usos ou derivada de modelo jurisprudencial que especificamente dirigida ao devedor (cominado o dever de prestar) ou ao credor (cominado a dever de receber).¹¹⁰⁸

¹¹⁰⁶ “Diremos assim que, enquanto a visão tradicional dos incentivos económicos e das vias institucionais tendia a privilegiar a visão atomística de um mercado ou sector de actividade provoados de agentes egoístas e racionais que interagiam através de contratos formais, contratos tendencialmente completos e apoiados na proteção jurídica, o paradigma analítico que lhe sucedeu passou a reconhecer que muita de intersubjectividade recorre a contratos auto-regulados e auto-sustentados (self-enforcing) e faz apelo a regras de conduta insusceptíveis de invocação direta em juízo – por exemplo normas de honestidade e de confiança, normas que não são menos eficazes e vinculativas pelo fato de não emergirem de fontes formais ou de não poderem ser suportadas pelo peso coercivo do poder judiciário. Esse inovador reconhecimento chama por sua vez a atenção para as conexões entre os contratos e as instituições e esse substrato extra-jurídico, conexões muito mais frequentes e cruciais do que poderia esperar-se se reintroduzirmos no quadro de análise o inacabamento deliberado dos contratos, a remissão das partes para esse substrato com o intuito de torna-lo a fonte de interpretação e integração do contrato sempre que as subsistentes margens de inobservabilidade e de inverificabilidade possam colocar criticamente em risco a disciplina contratual. Como vimos a propósito do modelo de contrato incompleto, a remissão para as normas sociais não é muitas vezes senão a expressão de uma vontade de furtar o contrato à tutela do Direito. O que há de novo é a admissão de que essa vontade, longe de ser patológica, pode ser a compreensível e salutar reação ao reconhecimento de que a tutela jurídica não somente não evita o oportunismo como pode até fomentá-lo, e daí a deliberação de manter o contrato incompleto, aberto à auto-disciplina através de legitimidades supletivas e de estímulos estratégicos (como por exemplo ameaças de incumprimento ou de abandono da relação contratual), e aberto ao ascendente de normas sociais reconhecidas e espontaneamente acatadas por ambas as partes.” ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 338-339.

¹¹⁰⁷ SALLES, Raquel Bellini. **Autotutela das relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019. p. 116.

¹¹⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Inadimplemento das obrigações, vol. V, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 83

Deste modo, havendo descumprimento aos deveres de conduta, quando estes tiverem vinculação direta com os interesses do credor da prestação somado ao merecimento da tutela, estará caracterizado o inadimplemento, independentemente de culpa.¹¹⁰⁹ A respectiva violação/inadimplemento permitirá à parte lesada, como uma resposta em favor dos terceiros (consumidores, acionistas e a si próprio) prejudicados pela conduta ilícita - eis que os terceiros detinham confiança no seu *modus operandi* -, o recurso aos instrumentos postos à sua disposição para adequada e proporcional reparação dos prejuízos causados, como, por exemplo, a oposição da exceção ao contrato não cumprido, a resolução contratual, a inovação de cláusulas contratuais penais, a retenção de valores, a redução do preço, a substituição do fornecedor para mitigação de danos, além de compensações para reparar danos econômicos (presentes e futuros), incluindo àquelas de ordem reputacional,¹¹¹⁰ além de outros concernentes a interrupção/substituição dos fornecedores cadeia produtiva (seja decorrente de fiscalização pública ou privada).

No entanto, além dos prejuízos contratuais decorrentes do inadimplemento, sob o pilar do enriquecimento sem causa disposto no item 4.1.6.3, é imprescindível que se estabeleçam formas para remediação das vítimas em decorrência do comportamento inadequado, o que avança em termos de complexidade. Por exemplo, se alguém rescindir o contrato com um fornecedor devido a questões de trabalho infantil, isso não significa necessariamente que essas crianças vão para a escola após a rescisão. A renda que essas crianças ganham pode ser crucial para a subsistência da família, ou seja, se elas forem demitidas por um fornecedor, necessariamente irão procurar emprego com outro, onde as condições podem ser ainda mais degradantes, ou, pior, não encontrar outra fonte de subsistência para a economia familiar. Assim, mesmo se o fornecedor concorde em pagar os salários dessas crianças e sua educação – isto seria o mínimo em termos de prevenção e/ou remediação -, como forma de compensação e prevenção dos danos. Apesar disso ainda não ser suficiente para a mudança comportamental

¹¹⁰⁹ Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil Conselho da Justiça Federal: “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

¹¹¹⁰ “[...]. o fato de que a violação de qualquer dever lateral independentemente da sua classificação, se implicar descumprimento da prestação devida, entendida a partir do alargado conceito de objeto da obrigação, será, inequivocamente, um inadimplemento contratual, permitindo, portanto, o recurso aos instrumentos de reação postos à disposição do contratante lesado, com suas variadas estruturas e funções, ou seja, com suas diversas aplicações, direcionadas aos interesses que visam tutelar. Quanto a este aspecto, os posicionamentos doutrinários sobretidos não apresentam discordância.” SALLES, Raquel Bellini. **Autotutela das relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019. p. 130.

daquela sociedade, pode ser uma alternativa, por exemplo, o engajamento e treinamento dos pais para enfatizar os benefícios da educação. Assim, uma simples proibição do trabalho infantil e rescisão de um contrato pode ser considerada altamente improvável de resolver problemas muito mais complexos.¹¹¹¹ Isto posto, deve-se reconhecer que este é um problema muito superior aos desígnios volitivos do direito contratual e da responsabilidade civil por danos contratuais e extracontratuais; a depender do espectro contratual e da sua amplitude econômica, se envolver valores reduzidos, questões de efetiva mudança social que sequer seriam possíveis e, necessariamente, imporiam uma complexidade que o recorte metodológico desta tese, infelizmente, não permite responder. A alternativa, em nossa visão, parece necessariamente passar por auditorias e avaliações durante todo o programa contratual sobre a natureza e o local da prestação de serviços (fase pré-contratual, execução e pós-contratual), de modo a se traçarem planos preventivos de atuação que possam ser capazes de mitigar os abusos de direitos humanos na cadeia de fornecimento, mesmo que depois de encerrado o contrato.

Em que pese alguns possam observar que a implementação de disposições contratuais mais completas possam criar riscos de responsabilidade na medida em que as partes assumem um dever de supervisão e controle de condutas, tal ideia parece não subsistir aos efeitos positivos do que se pretende, pois a própria regulação pública impõe a responsabilidade de fiscalização através de mecanismos da responsabilidade civil - solidária e subsidiária - no exercício de atividades, independentemente de culpa do agente (art. 927, 930, 931, 932, 933, todos do CC). Além disso, os riscos de não assumir tal papel podem ser consideravelmente maiores, também em termos financeiros, como por exemplo, com impactos na cadeia de fornecimento, pois os direitos humanos podem causar problemas e danos consideráveis (reputacionais e, portanto, econômicos), representando alto custo de transação decorrentes da assimetria informacional, bem como litígios caros e demorados, de modo que questões de responsabilidade não devem ser consideradas um impedimento, mas, sim, uma solução para melhorar os mecanismos de execução contratual.¹¹¹²

¹¹¹¹ SCHELTEMA, Martijn. The Mismatch between Human Rights Policies and Contract Law: Improving Contractual Mechanisms to Advance Human Rights Compliance in Supply Chains. In: L.F.H. Enneking et al. (eds.), **Accountability and International Business Operations: Providing Justice for Corporate Violations of Human Rights and Environmental Standards**. London: Routledge, 2018.

¹¹¹² SCHELTEMA, Martijn. The Mismatch between Human Rights Policies and Contract Law: Improving Contractual Mechanisms to Advance Human Rights Compliance in Supply Chains. In: L.F.H. Enneking et al. (eds.), **Accountability and International Business Operations: Providing Justice for Corporate Violations of Human Rights and Environmental Standards**. London: Routledge, 2018.

Assim, em relação aos contratos (inter)empresariais¹¹¹³ torna-se necessário estabelecer que a simples regulação dos deveres de conduta por meio de cláusulas éticas representa mais um passo adiante, onde o elemento ético da conformidade é incorporado à criação de uma cultura empresarial ‘positiva’, que vai além da necessidade de cumprir a lei apenas para evitar sanções.¹¹¹⁴

A desenfreada liberdade do mercado se traduz em luta e em conflito, correndo o risco de afogar «na água gélida do cálculo egoísta os santos frêmitos da exaltação religiosa» e ética, de relegar a dignidade pessoal a simples valor de troca, expondo os sujeitos vulneráveis, subjugados ou explorados à marginalidade. Desse modo, o mercado se configura como um instrumento de enfraquecimento das relações sociais, que conduz os homens a uma mercantilização infinita e ao conflito contínuo que não pode encontrar uma redução ou uma mediação na política sem limitar as liberdades econômicas, sem corromper o quadro das liberdades civis e, portanto, a própria democracia. A liberdade econômica torna-se liberdade política; a economia domina a política, e ao livre consenso dos homens não mais compete estabelecer os fins da sociedade; a hipótese é que o homem, capaz de um perfeito cálculo das próprias utilidades, saiba sempre maximizá-las. O mercado assume o papel institucional de organizador de relações sociais e de redistribuidor de riquezas e os grandes grupos econômicos, que exercem a função de «governo privado» da sociedade, prestam-se à cooperação e ao patrocínio compatíveis com o próprio egoísmo, mas em nada disponíveis a gestos e a formas de sincera solidariedade. Daí «Estado Mínimo», menos Estado, nenhum Estado, deregulation, e ainda mais liberdade da sociedade e anarquismo juvenil; daí, no plano constitucional, a tendência a delimitar os poderes de intervenção, normativos e administrativos, em matéria econômica (o chamado constitucionalismo econômico) e, no plano geral, uma atitude cultural tendente a minimizar «a necessidade de recorrer às restrições éticas internas e/ou àquelas jurídico-políticas externas impostas ao comportamento humano».¹¹¹⁵

No entanto, a instrumentalização contratual não é suficiente por si própria para alcançar níveis satisfatórios de *enforcement* privado tornando - não apenas recomendável, como necessário - o compromisso contínuo de fiscalização do impacto real e potencial (positivo e negativo) de suas atividades, aferível em todos os estágios contratuais por meio de auditorias (*due diligence*), de modo que a autoregulação só será possível mediante exercício contínuo de

¹¹¹³ Segundo Fábio Ulhoa Coelho, para uma obrigação se caracterizar como empresária, é necessária a presença de dois pressupostos: um de ordem subjetiva e outro de ordem objetiva. O pressuposto subjetivo diz respeito aos sujeitos da relação obrigacional, que devem, como regra, ser partes empresárias, enquanto o pressuposto objetivo se refere à natureza da obrigação, que deve decorrer do exercício da atividade empresarial de ambas as partes. Dentro de um contrato, a parte empresária pode até sofrer um acidente de consumo, ainda assim, esta relação entre as partes e o contrato não será uma relação empresarial em razão da ausência do pressuposto objetivo (natureza da obrigação), pois a parte empresária não se tornará credora em virtude da exploração da sua atividade econômica, mas por sua condição de adquirente final do produto ou serviço. COELHO, Fábio Ulhoa. As obrigações empresariais in COELHO, Fábio Ulhoa et al. **Tratado de direito comercial**. Volume 5: obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 13-14

¹¹¹⁴ International Chamber of Commerce. **The ICC antitrust compliance toolkit**. International Chamber of Commerce: **Commission on Competition**, 2013. p. 4.

¹¹¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 503-505.

fiscalização do impacto real e potencial (positivo e negativo) de sua atividade empresarial, pois justamente *compliance* significa agir conforme o acordado (seja por imposição legal ou contratual).

The abovementioned topics elucidate the need for improvement of contractual mechanisms governing and implementing supplier codes of conduct. Notwithstanding this, contractual arrangements are not the silver bullet to solve all human rights or labor related issues, although they are part of the solution. Improving contractual mechanisms in connection with business human rights issues is not an easy exercise of only adapting contractual language and adding some clauses. Business human rights issues are very complex and require sophisticated and integrated solutions of which contractual mechanisms are part. For example, even if a supplier would be willing to meet the contractual requirements of the buyer, implementation in practice still poses a challenge. So next to the contractual clause training of and/or dialogue with the supplier may be necessary.¹¹¹⁶

Sem prejuízo dos valores sociais agregados por tal conduta, não se pode ignorar que a difusão deste comportamento ético no ambiente interno das empresas minimiza os riscos de configuração de ilícitos à ordem econômica ou ao mercado concorrencial, de modo que a adoção de programas de *compliance*, apesar de não ser obrigatória, têm sido incentivada por normas relativas aos direitos humanos, para sua efetiva incorporação no *core business*¹¹¹⁷, como

¹¹¹⁶ SCHELTEMA, Martijn. The Mismatch between Human Rights Policies and Contract Law: Improving Contractual Mechanisms to Advance Human Rights Compliance in Supply Chains. In: L.F.H. Enneking et al. (eds.), **Accountability and International Business Operations: Providing Justice for Corporate Violations of Human Rights and Environmental Standards**. London: Routledge, 2018.

¹¹¹⁷ A Opinião Consultiva 23/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabelece o dever de os Estados exigirem que as empresas assumam o compromisso de respeitar os direitos humanos, com avaliação do impacto real e potencial (positivo e negativo) de suas atividades, aferível previamente por auditorias (due diligence), exigindo que as empresas adotem medidas para prevenir, remediar e punir impactos adversos sobre os direitos humanos em suas cadeias. IACHR. **Indigenous peoples, Afro-descendent communities, and natural resources: Human rights protection in the context of extraction, exploitation, and development activities**. OEA/Ser.L/V/II. Doc.47/15OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15, 2015. Disponível em <http://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/ExtractiveIndustries2016.pdf>. Acesso em 24 out. 2021. Registrem-se as disposições do Comentário geral n.º 24 (2017) sobre as obrigações do Estado ao abrigo do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais no contexto das atividades empresariais. “[...]. 33. In discharging their duty to protect, States parties should also require corporations to deploy their best efforts to ensure that entities whose conduct those corporations may influence, such as subsidiaries (including all business entities in which they have invested, whether registered under the State party’s laws or under the laws of another State) or business partners (including suppliers, franchisees and subcontractors), respect Covenant rights. Corporations domiciled in the territory and/or jurisdiction of States parties should be required to act with due diligence to identify, prevent and address abuses to Covenant rights by such subsidiaries and business partners, wherever they may be located. The Committee underlines that, although the imposition of such due diligence obligations does have impacts on situations located outside these States’ national territories since potential violations of Covenant rights in global supply chains or in multinational groups of companies should be prevented or addressed, this does not imply the exercise of extraterritorial jurisdiction by the States concerned. Appropriate monitoring and accountability procedures must be put in place to ensure effective prevention and enforcement. Such procedures may include imposing a duty on companies to report on their policies and procedures to ensure respect for human rights, and providing effective means of accountability and redress for abuses of Covenant rights”.

pelo direito concorrencial, voltado ao cumprimento da legislação concorrencial – controle de estruturas e condutas.¹¹¹⁸

A OCDE indica a adoção de *compliance* concorrencial para mitigar danos decorrentes de multas pecuniárias aplicadas a indivíduos e empresas, o receio de prejuízos à imagem tanto dos indivíduos quanto da empresa, o receio de reclusão (prisão) no caso de condenação criminal pela prática de cartel, treinamento adequado, incentivos da empresa para que seus empregados respeitem a lei e punição para aqueles que não a respeitem, o desejo de evitar exposição desnecessária na empresa junto às autoridades da concorrência e a própria cultura da concorrência,¹¹¹⁹ ou seja, estes programas devem estar preocupados com diversas questões relativas à sua cadeia de fornecimento, por exemplo, trabalho escravo, infantil, discriminação de qualquer natureza, atos de corrupção, pública ou privada, violações tributárias, concorrenciais, ambientais, praticadas por terceiros, funcionários ou não.¹¹²⁰

Para alcançar contornos minimamente aceitáveis, o *due diligence* deve ser capaz de identificar, prevenir, mitigar e responder por abusos de direitos humanos cometidos na cadeia de suprimentos, incluindo os relativos aos direitos da criança e das liberdades fundamentais, lesões corporais graves ou riscos à saúde, danos ambientais, estabelecendo:

- (i) Os processos e mecanismos para identificar, avaliar, prevenir, monitorar e remediar impactos adversos potenciais e ou reais sobre os direitos humanos, o meio ambiente e a boa governança em suas operações e relações comerciais.
- (ii) As empresas devem realizar de boa-fé discussões eficazes, significativas e informadas com as partes interessadas relevantes, incluindo sindicatos e representantes dos trabalhadores, ao estabelecer e implementar sua estratégia de devida diligência;
- (iii) Realizar a devida diligência da cadeia de valor que seja proporcional e compatível com a probabilidade e gravidade de seus impactos adversos potenciais ou reais e suas

¹¹¹⁸ “Embora a necessidade de uma política de compliance antitruste já houvesse sido objeto de debate no Brasil, inclusive com tratamento normativo em 2004, por meio de uma resolução da antiga Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça, somente a partir da publicação da Lei n. 13.846/2013 (Lei Anticorrupção) e do Decreto 8.420/2015 o tema passou a ganhar efetivo destaque na agenda pública. [...]. Embora a Lei de Defesa da Concorrência não preveja expressamente que a existência atenuante das sanções aplicáveis, tal como fazem a Lei Anticorrupção e o seu regulamento, em 2016 o CADE publicou o Guia “Programas de Compliance”, no qual estabeleceu que a adoção desses programas por parte das empresas investigadas em processos sancionadores poderá ser considerada como fator de redução no cálculo das multas ou, ainda, como critério de redução do cálculo de contribuição pecuniária em eventual Termo de Compromisso de Cessação (TCC). A publicação desse guia demonstra um alinhamento da autoridade antitruste brasileira à tendência internacional de fomento à implantação dos programas de compliance.” SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 166-167.

¹¹¹⁹ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 456.

¹¹²⁰ PROENÇA, José Marcelo Martins. O uso disfuncional do compliance – Efeitos danosos da due diligence de Terceiros aos fins do antitruste. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Portugal, Ano 6, nº 1, pp. 79-100, 2020. p. 94.

circunstâncias específicas, particularmente seu setor de atividade, o tamanho e comprimento de sua cadeia de valor, o tamanho do empreendimento, sua capacidade, recursos e alavancagem;

(iv) Assegurar que seus parceiros de negócios implementem e executem políticas relacionadas aos direitos humanos, meio ambiente e boa governança que estejam em linha com a estratégia de *due diligence* da empresa, incluindo, por exemplo, por meio de acordos contratuais, códigos de conduta e/ou auditorias certificadas e independentes, e verificar regularmente se os subcontratados e fornecedores cumprem com essas obrigações;

(v) Garantir que suas políticas de compra não causem ou contribuam para impactos adversos potenciais ou reais sobre os direitos humanos, o meio ambiente ou a boa governança;

(vi) Divulgar publicamente sua estratégia de *due diligence*, que deve ser avaliada anualmente e revisada conforme necessário;

(vii) Fornecer acesso a um mecanismo de reclamação, permitindo que qualquer parte interessada expresse preocupações razoáveis e forneça respostas oportunas e eficazes. As empresas podem fornecer esse mecanismo por meio da colaboração com outras empresas ou organizações; e

(viii) Proporcionar e cooperar em um processo de remediação onde identificaram que causaram ou contribuíram para um impacto adverso sobre os direitos humanos. A solução deve ser determinada em consulta com as partes interessadas afetadas e pode consistir em: compensação financeira ou não financeira; reintegração; desculpas públicas; restituição; reabilitação; ou uma contribuição para uma investigação.¹¹²¹

Deste modo, a autorregulação se alia às demais iniciativas (vinculantes e voluntárias) para conformar a construção de uma cultura de respeito à legalidade e à ética, uma vez que os incentivos para o cumprimento da lei passam a ser internos e desenvolvidos pela sociedade ao invés de impostos pelo Estado.¹¹²²¹¹²³ Assim, com condutas empresariais conformes e arranjos contratuais claros a respeito do que se espera de comportamento das partes, constantemente vigiados por mecanismos de *compliance*, se reforçam as finalidades do direito contratual para incentivar condutas eficientes das partes, o que reduz a complexidade e os custos de transação¹¹²⁴, lubrificando o desenvolvimento do fluxo comercial e prevendo contingências que

¹¹²¹ European Commission. Directorate General for Justice and Consumers. **Study on due diligence requirements through the supply chain**. January, 2020, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020.

¹¹²² FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 282. No mesmo sentido: SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 166.

¹¹²³ “[...]. According to the Guiding principles on Business and Human Rights, corporations should ‘act with due diligence to avoid infringing on the rights of others and to address adverse impacts with which they are involved’ (parag. 6). Principle 15 provides: In order to meet their responsibility to respect human rights, business enterprises should have in place policies and processes appropriate to their size and circumstances, including... A human rights due diligence process to identify, prevent, mitigate, and account for how they address their impacts on human rights. This is further explained under Principles 17-24 of the Guiding Principles on Business and Human Rights, which note in particular that human rights due diligence ‘Should cover adverse human rights impacts that the business enterprises may cause or contribute to through its own activities, or which may be directly linked to its operations, products or services by its business relationship’s (principle 17(a). (...))” SCHUTTER, Olivier de. **International human rights law: cases, materials, commentary**. 3 ed. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2019. p. 537.

¹¹²⁴ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Boston: little, Brown and Company, 1972. p. 11.

poderiam atingir a relação, de modo a preparar/auxiliar o planejamento das partes sobre o programa contratual em si, com mecanismos de proteção para assegurar o cumprimento dos contratos mediante garantias e sanções por inadimplemento, estimulando o adimplemento voluntário dos negócios¹¹²⁵ de modo a proteger e promover os direitos humanos em toda a cadeia produtiva de fornecimento.

¹¹²⁵ “A estrutura institucional desenvolve papel de grande importância na performance da economia. É ela a responsável por delimitar os pontos pelo quais as interações econômicas devem se desenvolver, sendo, por vezes, capazes de reduzir ou aumentar os custos de transação no mercado. [...]. Ademais, as organizações desenvolvem-se a partir da influência que sofrem da estrutura formada pelas instituições. Interessante é a analogia feita por North entre a estrutura de um time de esporte, uma organização, e o papel desenvolvido pelas instituições, regras de conduta dos times em geral. A partir daí, sustenta que as estratégias tomadas pelas equipes vão depender da eficiência de monitoramento e do nível de punição ao qual são submetidas as equipes, de forma que poderão assumir atitudes mais violentas e intimidadoras ou não. [...]. As instituições devem definir as regras pelas quais os indivíduos irão relacionar-se; por outro lado, as organizações objetivam atingir seu melhor desempenho a partir do conjunto de regras imposta pela estrutura. [...]. Desse modo, pode-se supor que as empresas, como qualquer organização, se amoldam e adaptam aos incentivos dados pelo sistema jurídico. Assim, um sistema ineficiente e inadequado de contratos e de garantias tende a desestimular o crédito, a confiança e a atividade econômica como um todo. Ao passo que um sistema ágil e eficiente como a arbitragem tende a facilitar os negócios”. TIMM, Luciano Benetti. *Análise Econômica do Direito da Obrigações e Contratos Comerciais*. In COELHO, Fábio Ulhoa. *As obrigações empresariais* in COELHO, Fábio Ulhoa et al. **Tratado de direito comercial**. Volume 5: obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 217-219.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática dos direitos humanos e empresas visa estabelecer responsabilidades corporativas que possam mitigar e prevenir os impactos adversos da atividade empresarial em toda a sociedade, envolvendo não apenas as empresas, mas também os Estados e a sociedade civil, permitindo-se a análise de condutas corporativas frente aos princípios de direitos humanos universalmente reconhecidos e incorporados através da análise conformadora da ordem normativa internacional e interna.

Existe um efetivo processo de institucionalização da dignidade da pessoa humana, dos direitos humanos fundamentais e o vínculo com a atuação empresarial, no entanto, o problema não se encontra na expressão formal, mas no plano da exigibilidade e realização concreta destes direitos, sobretudo na ordem jurídica interna que, até o presente momento, se mostra incapaz ou desinteressada em efetivamente promover meios de prevenção, proteção e reparação dos danos decorrentes das violações, o que refletiria, na hipótese desta tese, em violação da ordem econômica, dentre outros motivos, por vantagem concorrencial da empresa infratora.

A problemática que se apresentou reside na normatividade e efetividade dos direitos humanos fundamentais por meio da Constituição, particularmente da garantia de aplicabilidade dos direitos fundamentais como ponto nuclear da dignidade da pessoa humana, sua autonomia e sua liberdade. Essa normatividade se procurava impor, em primeira linha, ao poder público estatal, no entanto, é necessário que haja a irradiação dos valores constitucionais para todos, incluindo as relações entre particulares. A resposta para a superação da tensão entre a autonomia privada e impregnação de direitos fundamentais nas relações privadas se deu por meio das teses de eficácia mediata e imediata, onde se observou que em ambas as versões discorriam a necessária eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares, diferenciando-se apenas pelo caminho jurídico por meio da qual se fariam eficazes.

No cenário internacional, segundo orientações da Corte IDH, não obstante o caráter *erga omnes* das obrigações de garantia dos direitos humanos, não se implica numa responsabilidade ilimitada do Estado; esta responsabilidade está condicionada a uma situação de risco real e imediato para um indivíduo ou grupo de indivíduos e a existência de possibilidades razoáveis para prevenir o risco. Será a falta de devida diligência estatal e não a violação em si que produzirá a responsabilidade do Estado junto a Corte internacional. Consequentemente, o fato

de uma empresa violar os direitos humanos não gera automaticamente responsabilidade do Estado; e sem ato ilícito imputável ao Estado, ele próprio terá o poder, mas não o dever de reparar. Assim, dadas todas estas incertezas aliadas à insuficiência de obrigações dos Estados para fins de reparação integral das vítimas e da consequente atribuição de responsabilidades para os agentes privados, buscou-se a complementaridade dos deveres empresariais tanto nas orientações de jurisdição internacional quanto no direito interno, as quais, apesar de esforços, ainda permanecem incapazes de lidar com condutas empresariais que tenham impacto negativo nos direitos humanos.

Assumindo a inexistência de uma ordem normativa específica, internacional ou doméstica, com a efetiva capacidade de responsabilizar empresas pelos abusos cometidos aos direitos humanos, bem como, que os direitos humanos podem provir da ordem interna, onde são reconhecidos e positivados na esfera do direito Constitucional, deferente aos tratados e orientações internacionais, o objetivo geral desta tese foi comprovar que estes abusos ferem a Ordem Econômica Constitucional, atraindo, por consequência, a necessidade de regulação estatal e, efetivamente, uma integral correção das violações.

No âmbito constitucional, se observou que o desenvolvimento se desdobra em três vertentes - econômica, social e política – relacionadas com um ponto comum, a liberdade do homem, obtida através da implementação dos princípios e valores decorrentes das normas, princípios e valores convencionais e constitucionais. No caso brasileiro, a liberdade se estabelecerá a partir da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com fundamento na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Isto supõe dinâmicas mutações para o desenvolvimento, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa. Dentre o fator social, o prisma dos direitos humanos adensa ao capitalismo, significando que o sistema econômico está e deve estar estruturado nas diversas gerações dos direitos fundamentais, sob pena de afronta à Constituição e à própria dignidade humana, lastreando a satisfação das necessidades elementares dos cidadãos em conjugação aos fundamentos e objetivos constitucionais da República.

Dada a compreensão de que o mercado não é um fim em si, é um meio para racionalizar a decisão econômica, cujo fim é a elevação do nível de satisfação das necessidades básicas, com limites precisos às consequências inconvenientes da ordem privada da economia, ou seja, do poder privado, como no caso do dever da atividade empresarial de proteger, respeitar e

remediar os direitos humanos, cumpre a sua regulação - protetora e disciplinadora - sem pretensão de substituir a decisão privada, apenas condicionando-a em situações-limite para satisfazer exigências de interesse público.

Novamente no aspecto do desenvolvimento (econômico, social e político), nas liberdades instrumentais podem se encontrar os ideais humanistas de Amartya Sen, cujo propósito é uma vida digna, repleta das liberdades instrumentais, que somente poderão ser realizados por subsídios estatais, leia-se, *in casu*, através do apoio das políticas instrumentais da concorrência e da regulação do mercado em prol de comportamentos empresariais éticos, assegurando uma economia social de mercado, sob a égide da eficiência e capacidade de combater os abusos de poder econômico, bem como, as vantagens dele provenientes ao invés de performance competitiva.

Sob a ótica privada, o direito humano fundamental só cede se o Estado for capaz de encontrar uma justificativa de peso indiscutível, no mínimo de mesmo nível. Caso contrário, num conflito entre um direito fundamental e o princípio da autonomia privada, a prevalência se encontra nos direitos humanos fundamentais que representam garantias jurídico-constitucionais da autonomia pessoal e da liberdade individual, reiterando-se o compromisso do Estado proteger aqueles que se encontrem em uma relação assimétrica e que, por suas próprias forças, pelo exercício das liberdades individuais, não disponham de condições para um livre desenvolvimento da personalidade e para uma conformação autônoma dos próprios planos de vida.

Assim, uma vez reconhecida a dignidade da pessoa humana como verdadeiro fim da ordem econômica constitucional, se possibilita a implementação de uma democracia econômica, que se manifesta na qualidade da inserção no processo produtivo, no acesso equilibrado aos resultados do esforço, e no acesso à informação que assegure o direito às opções ao invés de se avaliar apenas o produto que foi gerado (output), a riqueza ou pobreza como resultado do processo produtivo. É necessário, como dito, avaliar a qualidade destes processos produtivos em termos de satisfação gerada para quem dele participa (outcome) e as externalidades positivas para a coletividade.

Isto posto, uma vez que as normas de direito privado, dentre estas aquelas de defesa da livre concorrência, se orientam pelos vetores axiológicos da Constituição Federal e, mais ainda, os direitos fundamentais vinculam-se de forma direta aos particulares, deve-se reconhecer que

a dignidade implica não apenas que a pessoa não possa ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e/ou de terceiros, como também o fato de que a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças, sejam oriundos do Estado ou provenientes de atores privados, de modo que estas diretrizes devem produzir efeitos em toda a cadeia produtiva, razão pela qual pode e deve ser objeto de regulação. A dimensão objetiva da dignidade da pessoa humana implica deveres de proteção estatais, contra o próprio Estado e contra ações de atores privados, de modo que uma justiça integral não pode ser realizada sem um marco de estatismo político e institucional.

Nada obstante à aproximação do Brasil em implementar princípios internacionais no plano nacional, com a promulgação do Decreto 9.571/2018, verificou-se uma regulamentação voluntária, portanto, não obrigatória aos empresários, branda e insuficiente para fazer frente ao fenômeno das violações de direitos humanos. Como consequência, tem-se a impunidade dos agentes e respectiva manutenção do *status quo*. O problema, contudo, não se resume apenas à “inexistência” de instrumentos reguladores, mas, sim, na ausência de penalidades, de modo que se tais medidas não forem acompanhadas por um mecanismo capaz de exigir o cumprimento destas regras, certamente haverá um impacto reduzido sobre o comportamento das empresas. No máximo, o descumprimento sujeitará as empresas ao julgamento da opinião pública (sanções morais, cujo impacto econômico é imprevisível).

Assim, segundo os contornos gerais da análise econômica e o princípio da maximização racional, a abordagem econômica do ato concorrencial pressupõe que os agentes são racionais e que procuram maximizar seus ganhos no mercado, ou seja, as empresas só mudarão sua postura se uma justificativa econômica sobrevier.

Para responder ao presente dilema, encontra-se apoio na intersubjetividade dos direitos humanos de todos e da interpenetração entre liberdade e igualdade por meio de critérios de justiça social, traduzindo-se em uma ação conformadora que a deontologia do direito constitucional deve exercer sobre todas as esferas do ordenamento jurídico, inclusive na regulação das relações privadas (incluindo as interempresariais que resultam no próprio mercado e ambiente concorrencial), onde existe arcabouço teórico para delinear a sua influência sobre o direito concorrencial e sua vocação para regulação, incluindo os pressupostos dos direitos humanos.

No direito antitruste brasileiro reside um aparato legislativo robusto para combater o controle de estruturas e condutas anticoncorrenciais no mercado, sobretudo na presença do exercício abusivo do poder de mercado a partir da análise dos comportamentos que possam, por objeto ou por efeitos, interferir na dinâmica concorrencial. Nada obstante, apesar dos vetores constitucionais, é grande a resistência na superação dos pressupostos de eficiência e bem-estar do consumidor, em virtude da ampla aceitação dos pressupostos epistemológicos da Escola de Chicago, que baseia a análise antitruste exclusivamente em critérios consequencialistas de eficiência econômica, sendo esta a principal razão para desconstitucionalização e paralisia do Direito da Concorrência, que se encontra desconexo com demais anseios políticos, econômicos e sociais do Estado.

Apesar da intrínseca relação entre atividade empresarial e direitos humanos, não se pode refutar que esta dogmática seja ignorada pelo direito concorrencial em virtude da ideologia neoclássica chicogoiana que norteia o antitruste brasileiro. Embora se possa dizer que os direitos humanos representam valores e aspirações sociais, a política de concorrência preocupa-se com a proteção do processo competitivo para garantir uma alocação eficiente de recursos, representada por preços mais baixos e a maior escolha do consumidor, elementos estes que seriam representativos do bem-estar. Ao desconsiderar – por pressuposto ideológico - o fato de que as empresas violadoras de direitos humanos geram externalidades negativas, impondo uma parcela do custo de uma atividade a terceiros não envolvidos diretamente na relação (as vítimas, os concorrentes e a coletividade), não se contabiliza que tais bens produzidos são ofertados com má alocação de recursos, sem que o preço da atividade reflita o custo (material e social) imposto à coletividade, mediante uma vantagem não competitiva para a empresa infratora. Neste sentido, revela-se a presença de externalidades negativas na atividade empresarial com abuso de direitos humanos e, respectivamente, no mercado competitivo, devendo-se autorizar a regulação antitruste, haja vista que a competição se encontra em desacordo com os modelos pretendidos pelo ordenamento e tencionados pelo próprio mercado, devendo haver correção das falhas que artificialmente lhe afetam, exatamente por se considerar que o ambiente concorrencial adequado será aquele em que a concorrência ocorra de fato; onde empresas respeitam os valores fundamentais da República como a dignidade da pessoa humana e, desta forma, buscam padrões éticos de atuação, a tutela de eficiência do mercado será realizada pelo direito da concorrência, que engloba o conjunto de regras que garantem a competição efetiva

(ou potencial), não falseada por meio de práticas colusórias ou abusivas, sob pena de o enfraquecimento da concorrência gerar benefícios privados à custa da diminuição do bem-estar da coletividade.

Para se tornar possível a utilização ferramental do direito antitruste, deve haver um (re)alinhamento da ideologia da sua política, deferência aos preceitos constitucionais de desenvolvimento, permitindo, dentre outras, análises metaeconômicas, que levam em considerações as repercussões abusivas da atividade empresarial nos direitos humanos, com o que corrobora a UNCTAD, dispondo que a lei antitruste deve ser aplicada a partir da perspectiva do desenvolvimento sustentável e inclusivo, devendo a implementação da política de defesa da concorrência ser coordenada com a de outras políticas públicas com vistas ao alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – múltiplos -, que protegem o interesse do consumidor, competitividade, eficiência econômica, eliminando práticas restritivas, protegendo pequenos negócios, progresso e desenvolvimento, justiça e equidade, escolha do consumidor e a manutenção de preços competitivos.

É através do diálogo entre os direitos humanos e direito concorrencial, sob orientação constitucional, que se acredita existir o liame entre a atividade empresarial e a promoção, proteção e reparação dos direitos violados – sem excluir outros ramos do direito - pois se determinadas prerrogativas empresariais afetam os direitos humanos, qualquer impacto do direito da concorrência na atividade empresarial, por sua vez, lhe afetará, pois todos os direitos são indivisíveis e afetam uns aos outros.

A Constituição pauta-se na dignidade da pessoa humana e numa ordem econômica fundada na livre-iniciativa e na valorização do trabalho, com o objetivo de assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social, abriu-se a oportunidade para a aproximação entre o direito da concorrência e os anseios constitucionais. A compreensão dos objetivos das normas concorrenciais exige uma análise ampla do sistema em que se insere para que possa atingi-los e exercer um grupo de funções diferentes, convergíveis entre si ou não, mas desde que alinhadas aos fundamentos constitucionais (econômicos e sociais), cuja deontologia conformadora deve ser capaz de estabilizar os objetivos e funções exercidas pelas normas concorrenciais. Desta maneira, a lei antitruste e sua aplicação devem ser apolíticas, mas necessariamente devem operar em um contexto político, que depende da fixação de valores que possam conduzir para uma explicação econômica global das decisões sociais e econômicas.

O Brasil, ao inserir-se no contexto da globalização econômica, opta pelo regime de economia de mercado que visa garantir aos agentes econômicos a oportunidade de competirem de forma efetiva. Quando se aduz a expressão ‘competição efetiva’, trata-se da concepção do mercado como um instrumento eficaz para alcançar importantes objetivos socioeconômicos, exigindo um comportamento empresarial ético, premiando os esforços empresariais e a habilidade de inovação, de modo que se permita o tráfego econômico em um contexto concorrencial sem gerar benefícios privados à custa da diminuição do bem-estar dos consumidores e da coletividade. Deste modo, a defesa da livre concorrência instituída pela Constituição Federal inclui a defesa de um ambiente concorrencial em que os agentes econômicos exerçam, de forma regular e sem abusos, o domínio sobre valores empresariais éticos, haja vista a compreensão do direito concorrencial a partir dos fundamentos constitucionais e convencionais que incluem os direitos humanos.

Como se demonstrou ao longo desta tese, existe a necessidade de deferência dos conceitos de concorrência, eficiência e bem-estar do consumidor aos preceitos constitucionais - da dignidade da pessoa humana; desenvolvimento sustentável e ordem econômica - passando a considerar os custos não compensados por violações empresariais aos direitos humanos como valores econômicos (meta-econômicos e econômicos), levando à integração dos objetivos do direito concorrencial e, portanto, irradiando efeitos sintáticos aos conceitos de eficiência e bem-estar dos consumidores. Além disto, o desenvolvimento afeta os objetivos do antitruste. A compreensão do bem-estar geral demanda o conhecimento destes valores e a compreensão de que a economia é um meio para um fim, de modo que o seu sucesso econômico será medido pelo bem-estar dos cidadãos.

Ante ao exposto, encontrou-se fundamento para reconhecer, em conclusão parcial, que os objetivos do processo competitivo são plurais e devem coexistir com os “tradicionais”, por assim dizer, a promoção da eficiência, preços baixos, maior escolha para o consumidor e a promoção do emprego, deste modo, a disciplina deveria [re]surgir com esta nova perspectiva, como peça fundamental no perfil econômico constitucional, resultando na constatação de que a livre-concorrência é considerada como um valor-meio, a servir de valor-fim ao bem comum e ao interesse da coletividade. Para tanto, é premente que se adaptem regras substantivas e processuais, por meio de modelos teóricos informados pelos detalhes institucionais do antitruste, necessários para resolver problemas do mundo real no campo do direito da

concorrência, o que não se aprofunda nesta tese a fim, por recorte metodológico, para se permitir investigar a tutela concorrencial privada.

O segundo objetivo desta tese se encontra em demonstrar que as vantagens concorrenciais obtidas por meio do abuso de direitos humanos também ferem a ordem concorrencial privada, onde as práticas comerciais desonestas, anti-éticas e ilegais, não podem ser admitidas. A concorrência desleal encontra-se configurada como uma disciplina geral e uma pedra angular do sistema de competição. Isso porque o seu objetivo não é apenas sancionar as violações dos direitos de terceiros de propriedade individual ou reprimir as violações das regras de conduta honestas de acordo com as práticas comerciais prevalentes, mas também visa evitar as distorções da liberdade de concorrência no mercado. Em última análise, a infração por ato de concorrência desleal se apresenta como o «ilícito geral» do direito da concorrência, uma vez que qualquer comportamento objetivamente contrário aos requisitos da boa-fé para desviar a clientela é considerado injusto, desleal aos padrões de competição.

Vale salientar que o bem imediatamente (primariamente) protegido é a livre iniciativa do concorrente, do agente individualmente considerado, e não a tutela do interesse coletivo ou geral da concorrência como ocorre nas normas antitruste, que cuidam do fluxo das relações econômicas e da sua interação no mercado. O segundo objetivo protegido pelo controle de lealdade da concorrência é o fluxo de informações aos consumidores, que tem na informação (um dos) bens jurídicos protegidos, permitindo que a competição se desenvolva de maneira efetiva, baseada na eficiência em favor do bem-estar da coletividade.

Destarte, por inexistir um rol taxativo de condutas desleais, bastando a contrariedade à lei para prejudicar o competidor e, assim, desestabilizar os interesses do Estado (aqui inclua-se a coletividade) e dos consumidores, é possível estabelecer um liame entre as práticas empresariais com abuso de direitos humanos como uma atividade concorrencialmente ilícita para o fim de indenizar o concorrente lesado e, indiretamente, incentivar condutas protetivas, socialmente desejáveis, uma vez que estas práticas não permitem ganhos não compensados e obtenção de vantagens concorrenciais.

A violação de direitos humanos na cadeia produtiva é o que se pode denominar de concorrência sobre bases ilícitas, que autoriza o concorrente prejudicado a pleitear tutelas inibitórias e/ou reparatórias, uma vez que esta conduta empresarial se designa àqueles concorrentes que falseiam a concorrência ao incorporarem como parte de sua estratégia

empresarial, com vistas à redução de custos, o descumprimento sistemático de normas sociais como são os direitos humanos, trabalhistas, tributários, ambientais, autorais e de propriedade intelectual, para, com isto, obterem vantagens concorrenciais que não decorrem de sua eficiência, mas do abuso de atos ilícitos – na gestão empresarial ou no processo produtivo - que implicam ou possam implicar (potencialmente) - na obtenção de posição mais favorecida em relação aos demais concorrentes.

Assim, o comportamento empresarial contraditório aos deveres anexos da boa-fé, dentre estes, os atos de violação aos direitos humanos na cadeia produtiva, importam em uma omissão (culposa ou dolosa) ao *standard* de conduta estabelecido pelo ordenamento jurídico, sendo ato ilícito, representado pela análise econômica do direito como uma falha de mercado, reconhecidas enquanto externalidades negativas, assimetria informacional dos consumidores e custos de transação para o mercado e seus agentes econômicos. A falha de mercado, quando implementada, resulta em negócios que não obtém o melhor potencial econômico, seja pelos critérios de formação de preços, da adequada circulação de bens e serviços ou, ainda, quanto à maior qualidade dos produtos e serviços. A presença de tais fatores gera distorções ao mercado, externalidades negativas, afastando-o de transações lícitas, com prejuízos aos consumidores, à coletividade e aos próprios concorrentes. Denota-se, deste modo, que a exploração das falhas de mercado gera custos para a coletividade e para o próprio tráfego comercial, permitindo a manipulação do mercado competitivo, de modo que os infratores captam uma vantagem a partir de práticas anticompetitivas, podendo desviar clientela que, não fosse a execução de atos ilícitos, seria disputada em igualdade de condições pelos concorrentes, que passam a suportar um dano injusto e passível de indenização.

Isto posto, diante da vinculação *erga omnes* dos direitos humanos ao ordenamento jurídico, aliada à existência de limites explícitos e implícitos ao exercício da atividade empresarial, nos termos do art. 170 da CF, ambos com caráter deontológico e vinculante, consolidam-se (nov)os interesses que devem ser tutelados no exercício da livre iniciativa empresarial, de modo que afastar-se das finalidades da norma ou dos princípios gerais no exercício de um direito levam à ilicitude por seu respectivo abuso, colocando em risco a liberdade de escolha dos consumidores (e indiretamente a coletividade) e os direitos subjetivos dos seus concorrentes, o que autoriza a repercussão indenizatória do ato desleal para sujeitar o

infrator ao ressarcimento dos danos (concretos ou potenciais) que decorrerem da sua conduta ilícita em desfavor dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico.

Aliado ao fato de se indenizar o injusto dano causado pelo ilícito concorrencial, o reconhecimento dessa modalidade permite reforçar a tutela estatal conferida às normas jurídicas violadas, sendo mais uma forma de garantir efetividade aos valores perseguidos pela ordem constitucional, por meio da iniciativa privada que reflexamente auxiliará aos deveres obrigatórios do Estado em tutelar as atividades empresariais que violem direitos humanos, uma vez que o reconhecimento da concorrência desleal sobre bases ilícitas fará com que os agentes privados, detentores de menor assimetria informacional em face do órgão fiscalizador (Estado), possam se insurgir contra as práticas ilícitas do rival, incentivando a todos para o cumprimento das normas sob pena de remoção do lucro obtido com a ilicitude. Assim, justifica-se a utilização de ações privadas para compensação (reparação) ou dissuasão (prevenção) dos danos concorrenciais, pois o sistema indenizatório vigente impõe custos ao infrator inibindo práticas desta natureza e, também, restauram os que foram lesados ao seu *status quo ante*.

Destarte, somente com a remoção completa das vantagens ilicitamente obtidas ter-se-á medida dissuasiva de extrema eficácia, sobretudo se for aliada à entrega do valor integral ao(s) lesado(s) (diretos e indiretos), onde a certeza de recompensa financeira lhe proporciona o incentivo necessário para a batalha judicial em prol de se retirar a utilidade ilícita obtida pelo infrator. O ponto de atenção se volta ao tratamento jurídico adequado aos casos de enriquecimento indevido decorrente da violação, ingerência, exploração ou apropriação de bens/direitos alheios, em especial os direitos vinculados à personalidade humana, exigindo a necessidade de serem repensados os modelos tradicionais de responsabilidade civil, onde prevalece o posicionamento majoritário da equivalência, ou seja, exigindo uma correspondência entre o valor da indenização e o dano. No entanto, nos casos em que a exploração dos bens alheios se relacionem não ao concorrente diretamente mas sim aos terceiros, como são os abusos de direitos humanos na cadeia produtiva, deve-se promover a abertura das categorias jurídicas de acordo com as exigências e necessidades sociais.

Por meio do enriquecimento sem causa, portanto, tem-se medida eficiente para reagir ao lucro de ilícito na medida em que subtrai os resultados positivos do ilícito para o titular (vítima) do direito que foi violado para a obtenção daquele proveito econômico. Nos atos de concorrência desleal, outrossim, se admite a combinação entre a responsabilidade civil e o

enriquecimento sem causa - sob pena de se admitir uma zona descoberta de direito, em que o concorrente atuando deslealmente não sofra as consequências -, permitindo a reconstituição do *status quo* de leal concorrência.

Referente à aferição do enriquecimento sem causa relacionada ao abuso do direito de terceiros como ocorre nas violações de direitos humanos na cadeia produtiva, o produto do enriquecimento sem causa deverá se destinar à reparação dos danos às vítimas “indiretas” do abuso em termos da concorrência desleal e não aos demais concorrentes lesados (vítimas diretas da relação concorrencial). Ou seja, versando o ilícito sobre o abuso de direitos humanos ou qualquer outro bem social jurídico protegido pelo ordenamento jurídico, deverá ocorrer a reparação integral em favor das vítimas dos abusos praticados (e não aos concorrentes lesados), estando tal disposição em absoluta conformidade com as disposições constantes nos princípios Ruggie, por seus três pilares fundantes – proteger, respeitar e reparar – e, também, de acordo com orientação convencional da Corte IDH e dos valores constantes em nossa Constituição.

Destarte, encerradas as hipóteses ‘litigiosas’ previstas no espectro concorrencial, esta tese avançou sobre a incorporação dos direitos humanos no *core business*, por meio da autotutela privada, haja vista terem surgido proposições para concretizar direitos humanos por empresas, denominadas ‘obrigacionistas’ e ‘voluntaristas’. Sobre a adoção de prática voluntárias disponibilizados por empresas ao mercado (por meio de códigos de conduta, contratos, entre outros), pode-se considerar superada a dicotomia de abordagens protetivas (obrigatória e voluntária), permitindo-se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro deduz capacidade para se denominar de proteção híbrida (multi-protetivo), pois conjuga o *enforcement* público (normatização *erga omnes*) com repercussão nas atividades empresariais privadas (e.g. regulamentadas pelo direito concorrencial e civil-contratual), podendo se aliar às propostas *inicialmente* voluntárias – que, devidamente legitimadas, se inserem em seu espírito empresarial, compondo seus deveres de conduta e, respectivamente, boa-fé para se tornarem obrigatórias em relação aos seus acionistas, parceiros contratuais em favor dos consumidores e da própria coletividade, com maior alcance e poder de efetividade, o que é recomendável e juridicamente possível.

Nada obstante, se abordou como as iniciativas voluntárias são recepcionadas pelo nosso ordenamento jurídico e como devem ser implementadas pelas empresas para gozarem de legitimidade, validade e eficácia perante a cadeia de fornecimento em prol da promoção,

proteção e reparação em matéria de direitos humanos. Analisando as iniciativas de Responsabilidade Social Corporativa, como as políticas “ESG”, apesar de crescente consciência social, se constata estar muito baixo o nível de empresas que pretendem e realizam a inclusão destes propósitos em seus processos decisórios, inclusive pelo fato de muitas enxergarem tais questões muito mais como princípios do que como exigências econômico-políticas.

Ambos os marcos regulatórios (público/vinculativo e, ora, privado/voluntário), são complementares e tanto podem como devem se desenvolver paralelamente, permitindo a criação de uma cultura baseada na consciência social corporativa e, ainda, um parâmetro de obrigações jurídicas que as empresas possuem em relação aos direitos sociais, incluindo, os humanos. Para esta finalidade, as lacunas de governança pública ou privada precisam ser preenchidas; os termos de responsabilidade social corporativa precisam estabelecer e/ou reforçar os padrões legítimos de conduta (implícitos e explícitos) para que possam ter valor normativo na prescrição de comportamento corporativo, apto a vincular socialmente as empresas em prol do respeito aos direitos humanos, evitando questionamentos de efetividade que envolvam legitimidade, vinculação e sustentabilidade destas práticas.

Ainda nas iniciativas voluntárias, abordou-se as práticas corporativas denominadas *bluwashing*, consistentes em anúncios/propagandas empresariais enganosos que veiculam práticas sustentáveis e desejáveis pela sociedade, de modo a garantir aos consumidores que, adquirindo suas mercadorias ou serviços, estarão ingressando numa cadeia solidária e sustentável, consolidando-os numa posição de protagonistas com o poder de contribuir para a contenção de assuntos de maior interesse social. As proclamações falsas, denotam falhas dos deveres de conduta relacionados ao comportamento socialmente ético veiculado pelas empresas, independentemente de serem oriundas de normas vinculantes ou programas de natureza voluntária (responsabilidade social corporativa/ESG), permitem a efetiva prevenção e possibilitam a reparação dos danos materiais e morais, tanto de ordem individual quanto transindividual dos consumidores efetivos ou potenciais (direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, conforme disciplinam os artigos 81, parágrafo único, I, II e III e 82 do CDC), nos termos do art. 6º, incisos II, VI e VII do CDC, por desrespeito do fornecedor à obrigação de prestar informações adequadas e claras à coletividade.

Pois, todas as proclamações éticas disponibilizadas por empresas sobre o seu desenvolvimento produtivo – como são todas aquelas relacionadas ao cumprimento de obrigações voltadas aos direitos sociais (direitos humanos e meio ambiente) - se inserem em sua proposta empresarial-comercial, integrando a sua boa-fé objetiva por meio da inserção dos deveres acessórios de conduta, tornando-se obrigatórias em relação aos consumidores (atuais ou potenciais). Por seu turno, o descumprimento destas proclamações em desfavor dos mais vulneráveis na relação de consumo, enseja em um vício na manifestação de vontade e liberdade de escolha qualificada dos consumidores, dada a acentuação da vulnerabilidade informacional decorrente do uso publicitário pró-lucro, atraindo a possibilidade de se – sem prejuízo de sancionamento administrativo - processar (de forma individual ou coletiva), responsabilizar e indenizar as vítimas com atenção ao duplice caráter do instituto indenizatório preventivo e punitivo-pedagógico para a prática do falso marketing, reestabelecendo a possibilidade de escolha racional dos consumidores, com reflexo positivo no bem-estar coletivo e na justiça social exercida através do ato de consumo, sem prejuízo de também se caracterizar como um ato de concorrência desleal, apto de ser reparado nos termos já expostos.

Por fim, dadas as repercussões dos direitos humanos na atividade empresarial, a tese cuidou de instrumentalizar adequadamente a sua integração no espírito empresarial através dos seus contratos, com a inserção das denominadas *cláusulas éticas*, que determinam o reforço no dever de conduta às obrigações excepcionais do ponto de vista socioeconômico. As cláusulas éticas inseridas aos programas contratuais correspondem aos deveres anexos ou instrumentais da boa-fé (também chamados de laterais), atuando para otimizar o adimplemento satisfatório, fim da relação obrigacional. Os deveres anexos não atinem ao ‘que’ prestar, mas ao ‘como’ prestar, sendo que a sua integração decorre de qualquer uma das seguintes hipóteses: de (i) textos legais, (ii) cláusulas contratuais ou da (iii) incidência do princípio da boa-fé objetiva, como mandamento de lealdade e probidade. Com a inserção de cláusulas éticas, o relacionamento obrigacional se torna complexo para abranger junto à prestação, deveres de conduta, direitos potestativos e situações de sujeição, caracterizadas por vários vínculos obrigacionais (prestações principais, acessórios e anexas) interligados numa unidade funcional.

Como consequência obrigacional, seus efeitos se irradiam aos terceiros - direta e indiretamente atingidos pelo programa contratual - por subsunção contratual aos princípios da socialidade, operabilidade e eticidade, guardados pelas partes durante todas as fases contratuais.

Ao se comprometerem com cláusulas e *standards* éticos tem-se a expectativa de que, em todas as suas relações, tais valores serão respeitados, podendo o contraente exigir o mesmo comportamento do seu parceiro negocial, compondo tal situação pré-contratual como um dos objetos do respectivo contrato, vez que seus atos comerciais e resultados estarão diretamente vinculados aos seus éticos padrões de conduta.

No entanto, adverte-se que a mera menção ao cumprimento de tais postulados principiológicos pode não tornar clara quais são especificamente as obrigações a serem cumpridas pelas partes, exigindo dispositivos específicos. Além disto, alia-se o fato de que devem-se estabelecer mecanismos de denúncia-reclamação por aqueles que forem atingidos pelas práticas ilícitas (comunidades locais, consumidores, etc.), permitindo que os danos sejam remediados de maneira integral. Relativamente ao viés de legitimidade e vinculação, a sua superação exige a conexão das situações subjetivas na relação jurídica, que deve exprimir, do seu centro empresarial, dos fundamentos da sua existência e função prático social, as exigências de valores comportamentais dinâmicos para poder se harmonizar em todas as suas relações jurídicas subjacentes.

A instrumentalização das cláusulas éticas aos contratos impõe uma consequência de natureza prática, mandamental e executória às relações negociais, pois será a sua expressa disposição, aliada ao comportamento reputacional de longo prazo que irá dar contornos de resultado útil aos interesses das partes. Isto quer dizer, por outro lado, que somente o interesse manifesto aliado à conduta concreta dos contraentes que dará sentido ao resultado útil pretendido pelas partes, com a percepção de efeitos essenciais (patrimoniais e extrapatrimoniais) decorrentes do contrato celebrado, que, desta forma, irão se identificar com a própria causa do negócio celebrado.

Para além das obrigações contratuais, para se alcançar níveis satisfatórios de *enforcement* privado, é necessário o compromisso contínuo de fiscalização do impacto real e potencial (positivo e negativo) de suas atividades, aferível em todos os estágios contratuais por meio de auditorias (*due diligence*), de modo que a autoregulação só será possível mediante exercício contínuo de fiscalização do impacto real e potencial (positivo e negativo) de sua atividade empresarial.

Deste modo, a autorregulação privada se alia às demais iniciativas (vinculantes e voluntárias) para conformar a construção de uma cultura de respeito à legalidade e à ética, uma

vez que os incentivos para o cumprimento da lei passam a pertencer efetivamente ao *core business*, sendo desenvolvidos pela empresa em prol sociedade, o que gera uma maior amplitude protetiva em vistas do conhecimento específico que a empresa possui sobre a sua cadeia produtiva.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo, **Revista de Direito do Consumidor**, n. 14, abr./jun 1995.

AGUIRRE, Daniel. **The Human Right to Development in a Globalized World**, Aldershot. Ashgate, 2008.

AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **O ativismo acionário dos investidores institucionais e governança corporativa nas campanhas abertas brasileiras: a análise jurídica da economia do mercado de capitais**. 2011. 261 p. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

AKERLOF, Gerge A.; Shiller, Robert J. **À pesca dos tolos: A economia da manipulação e do logro**. Actual Editora: Portugal, Coimbra, 2016.

ALDHU, **Facebook**, publicação de 4 julho 2019. Disponível em: <https://www.facebook.com/pg/ALDHU1980/posts/>. Acesso em: 06, mar. 2021.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**. 12 ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ALMEIDA, Marcus Elidiu Michelli de. **Abuso do Direito e Concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

AMAO, Olufemi. **Corporate Social Responsibility, Human Rights and the Law: Multinational corporations in developing countries**. London: Routledge, 2011.

AMBOS, Kai. **Los fundamentos del ius puniendi nacional**; en particular, su aplicación extraterritorial. Boletín mexicano de derecho comparado. Vol. 40, num. 119, 2007, Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332007000200001#Notas. Acesso em 23, ago. 2021.

AMORIM, Fernando. **A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste**. RDC, Vol. 5, nº 2, Novembro 2017, pp. 75-102.

AMUNWA, Ben. Vedanta to face class action lawsuit over copper-mine pollution in Zambia – says Court of Appeal. in **Law Mostly**. 2017. Disponível em: <https://lawmostly.com/2017/10/18/vedanta-face-class-action-lawsuit-over-copper-mine-pollution-zambia-court-appeal-business-human-rights/>. Acesso em 23 ago. 2021.

ARAGÃO, Daniel Maurício Cavalcanti de; GÓMEZ, José María. **Responsabilidade como Legitimação: capital transnacional e governança global na Organização das Nações Unidas**. 2010. 191 p. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3 ed., 5 reimp. Portugal: Almedina, 2007.

- ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo – Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ASCENSÃO, José Oliveira. O princípio da prestação: um novo fundamento para a concorrência desleal? *In*: ASCENSÃO, José Oliveira. et. al. **Concorrência desleal**. Coimbra: Almedina, 1997.
- ATHAYDE, Amanda. **Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica**. São Paulo: Singular, 2017.
- ÁVILA, Humberto. **Fundamentos do direito tributário**. Madrid: Marcial Pons, 2012.A437
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- BAILYN, Bernard. **Faces of Revolution: personalities and themes in the struggle for American Independence**. Nova York: Vintage Books, 1992. p. 158. apud SEN, Amartya. A ideia de justiça. Tradução de Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- BAKER, Jonathan B. **The antitrust paradigm: restoring a competitive economy**. Cambridge: Harvard University Press, 2019.
- BANKETAS, Ilias. **Corporate Social Responsibility in International Law**. Boston University International Law Journal. Vol. 22, 2004.
- BARBIÈRE, Cécile. **France’s ‘Rana Plaza’ law delivers few results**. Euractiv, 2019. Disponível em: <https://www.euractiv.com/section/development-policy/news/french-law-on-multinationals-responsibility-for-workers-abroad-achieves-few-results/>. Acesso em 23 ago. 2021.
- BARBOSA, Caio Cesar do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. Contenção de ilícitos lucrativos no brasil: o disgorgement of profits enquanto via restitutória. **Revista de Direito da Responsabilidade**. Ano 2, pp. 517-542, Jul/2020.
- BARBOSA, Denis Borges. A Doutrina da Concorrência. Rio de Janeiro, 2002. *In*: BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

BARBOSA, Samuel Rodrigues. Jus cogens como aporia, o crepúsculo do Direito Internacional clássico. **Revista Brasileira de Filosofia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 233, ano 58, p. 38-92, jul./dez., 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. *In*: J.J. Gomes. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROS, Tomás Soares da Silva; ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Fundamento e alcance do princípio da jurisdição universal**. Dissertação em Ciências Jurídico-Políticas. 146 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Coimbra, Portugal, 2016.

BARROSO, Luís Roberto; TIBÚRCIO, Carmen. **Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARTLING, Björn, WEBER, Roberto A.; YAO, Lan. **Do Markets Erode Social Responsibility**, *The Quarterly Journal of Economics*, Volume 130, Issue 1, February 2015.

BATTESINI, Eugênio; FRADERA, Vera Maria Jacob de; BALBINOTTO NETO, Giacomo. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da Responsabilidade Civil no Brasil**. 450 f. Tese (Doutorado em Direito) –Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2010.

BAUMANN-PAULY, Dorothee; et. al. **Industry-Specific Multi-Stakeholder Initiatives that Govern Corporate Human Rights Standards Legitimacy Assessments of the Fair Labor Association and the Global Network Initiative**. *Journal of Business Ethics*, Springer, vol. 143(4), pages 771-787, July, 2017.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. *In*: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: UNESP, 1997.

BECKER, Gary Stanley; POSNER, Richard A. **Uncommon sense: economic insights, from marriage to terrorismo**. The University of Chicago Press: Chicago, 2009.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. Empresas e Direitos Humanos nas Nações Unidas: Rumo a um Tratado? *In*: PIOVESAN, Flávia. **Empresa e direitos humanos**. Salvador: Editora Juspodvim, 2018.

BERCOVICI, Gilberto. O estado desenvolvimentista e seus impasses: uma análise do caso brasileiro. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. xvLi[i.e. 47], 2004.

BERGH, Roger Van den. **Comparative competition law and economics**. USA: Edward Elgar, 2017.

BERNSTEIN, Jared; HARRIS, Benjamin H. Labor market competition: framing the issues. *In*: BLOCK, Sharon; HARRIS, Benjamin H. **Inequality and the Labor Market: the case for greater competition**. Washington: Brookings Institution Press, 2021.

BICALHO, Luís Felipe. A análise comparativa dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: particularidades sistêmicas e o delineamento de uma racionalidade uniforme. **Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, n. 14, v. 1, p. 42-64, 2011.

BILDER, Richard B. An overview of international human rights law. *In*: Hannum, Hurst. (editor). **Guide to international human rights practice**. 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.

BISHOP, John Douglas. The Limits of Corporate Human Rights Obligations and the Rights of For-Profit Corporations. **Business Ethics Quarterly**, Vol. 22, No. 1, Human Rights and Business, pp. 119-144, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Concorrência Desleal**. São Paulo: Forense Universitária, 2005.

BLOCK, Sharon; ELGA, Benjamin. The legal case for reform. *In*: BLOCK, Sharon; ELGA, Benjamin. **Inequality and the Labor Market: the caso for greater competition**. Washington: Brookings Institution Press, 2021.

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7 reimpressão.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BONIME-BLANC, Andrea; PONZI, Leonard J. **Understanding Reputation Risk: The Qualitative and Quantitative Imperative**. New York: GEC Risk Advisory, 2016.

BORK, Robert. H. **The antitrust paradox. A policy at war with itself**. The Free Press, 1993.

BRANDÃO, Claudio Mascarenhas. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL, Apelação Cível 1000061-79.2018.8.26.0431; Relator (a): Hamid Bdine; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Pederneiras - 2ª Vara; Data do Julgamento: 22/02/2019; Data de Registro: 22/02/2019.

BRASIL, STF, Rel. Min. Celso de Mello, **Agravo de Instrumento n. 455.846**. Julgado em 11/10/2004, DJ 21/10/2004.

BRASIL, STF. **Recurso Extraordinário n. 201819/RJ**. Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ acórdão. Min. Gilmar Mendes, j. 11/10/2005.

BRASIL, STJ. **REsp 1316149/SP**, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 27/06/2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.640.084-SP**. Quinta Turma. Relator Min. Ribeiro Dantas. Julgamento em 15 dez. 2016. Publicado em 01 jan. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 201.819**, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP00821.

BRASIL, TJAL. Ap. Cív. 10.025. Primeira Câmara. Relator Des. José Agnaldo de Souza Araújo. Julgamento em 30.05.1994. Publicado na **Revista dos Tribunais**, vol. 716, São Paulo, Revista dos Tribunais, jun. 1995. p. 246.

BRASIL, TJSP, Apelação 0020617-36.2004.8.26.0100, 6.^a Câmara de Direito Privado, Comarca de São Paulo, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 22.03.2012.

BRASIL, TJSP. Apelação Cível 3001271-43.2012.8.26.0108; Rel. Des. Fabio Tabosa; Órgão Julgador: 2.^a Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Cajamar - 1.^a Vara Judicial; Data do Julgamento: 13/08/2019; Data de Registro: 13/08/2019.

BRASIL, TJSP. Apelação Cível. 1006209-62.2014.8.26.0006; Relator (a): Ricardo Negrão; Órgão Julgador: 2.^a Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Regional VI - Penha de França - 2.^a Vara Cível; Data do Julgamento: 18/03/2020; Data de Registro: 18/03/2020.

BRASIL, TJSP. Apelação Cível 1052034-55.2020.8.26.0576; Relator (a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1.^a Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de São José do Rio Preto - 7.^a Vara Cível; Data do Julgamento: 05/11/2021; Data de Registro: 05/11/2021.

BRASIL. **AgInt no REsp 1455454/PR**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 01/12/2017. No mesmo sentido: BRASIL. AgInt no REsp 1673606/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2018, DJe 06/12/2018.

BRASIL. Cade. **Averiguação Preliminar n 08000.026056/96-30**, rel. Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, Data de Julgamento: 31-1-2007.

BRASIL. Cade. **Procedimento administrativo DPDE n° 08012.003648/2005-23**. p. 656. Julgado em 11/11/2009.

BRASIL. CADE. **Processo Administrativo 08012.006764/2010-61**. SDE (ex officio) x Sindicato dos Fabricantes e Vendedores de Placas de Sinalização de Trânsito e Veiculares do Estado da Bahia – SINPLAVB e outros.

BRASIL. Cade. **Processo Administrativo n. 08012.004989/2003-54**, de 18.08.2010. Voto do Conselheiro Costa Alves de Mattos.

BRASIL. Cade. **Processo Administrativo n. 09012.006504/2005-29**, de 19.10.2015. Voto do Conselheiro-Relator João Paulo Resende.

BRASIL. Cade. **Processo Administrativo nº 08012.009462/2006-69**. Representante: Mattel do Brasil Ltda. Representados: ABRINQ – Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos e Synésio Batista da Costa. Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Voto-vista: Presidente Vinicius Marques de Carvalho. Julgado em 29 de junho de 2015.

BRASIL. Cade. **Processo nº 08700.001020/2014-26. SINDCON e outros**. Rel. Alexandre Cordeiro Macedo. Voto de 11.04.2017.

BRASIL. Cade. **Ato de concentração nº 08700.010790/2015-41**. Requerentes: Banco Bradesco e HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo. Conselheiro Relator João Paulo de Resende. Aprovação condicionada à celebração de ACC, em 17.06.2016.

BRASIL. Cade. **Processo Administrativo 31**, j. 06.10.1993, (Fiat x Transauto), RIBRAC, vol 2, n. 1, Voto da conselheira relatora Neide Terezinha Malard.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em 05 ago. 2021.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. RESP 1540566/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11/09/2018, dje 18/09/2018. BRASIL. 1802787/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/10/2019, dje 11/09/2020.

BRASIL. RESP 1540566/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11/09/2018, dje 18/09/2018.

BRASIL. RESP. 1725092/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/03/2018, dje 23/03/2018.

BRASIL. RESP 1487046/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/03/2017, dje 16/05/2017.

BRASIL. RESP 1794971/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/03/2020, dje 24/06/2020.

BRASIL. STF. **ADI 1003 MC**, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/1994, DJ 10-09-1999.

BRASIL. STF. **ADI 319** QO, Relator(a): MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/1993, DJ 30-04-1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.698.701/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 02 out. 2018, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 08 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. José Delgado. RHC 18.799/RS. **DJE**. 08/06/2006. Acesso em: 01/10/2020; Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=607437&num_registro=200502114587&data=20060608&formato=PDF. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466.343**. Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008.

BRASIL. TJSP; Apelação Cível 1032943-37.2016.8.26.0602; Relator (a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Sorocaba - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/09/2018; Data de Registro: 12/09/2018.

BRASIL. Voto do Min. Carlos Velloso, do STF, na ADIn 1.094-8-DF, *In*: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. rev., atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BREWVER-CARIÑAS, Allan R.; SANTOFIMIO GABOA, Jaime Orlando. **Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. 4.ed. Oxford. Tradução: Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BUCHAIN, Luiz Carlos. **O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial**. Porto Alegre: Nova Prova, 2006.

BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética & incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção? **Rev. direito GV**, São Paulo, vol.13, n.2, pp. 390-427, maio-ago 2017.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 106, p. 263-313, jan./jun. 2013.

CALDERÓN GAMBOA, Jorge F. **La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma**

mexicano. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de la Nación, 2013. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2021.

CALIXTO, Angela Jank.; CARVALHO, Luciani Coimbra de. Pluralismo Jurídico: uma nova perspectiva a respeito da relação entre os sistemas jurídicos internacional e interno. *In*: FIGUEIREDO. M. CONCI, L.G.A.. (Org.). **Constitucionalismo Multinível e Pluralismo Jurídico**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, v. 1.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, volume III**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. 1. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2a. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARCHEDI, Karine Silva; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. A tutela jurídica do consumidor nas práticas empresariais de greenwashing. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Portugal, Ano 6, nº 1, pp. 1087-1110, 2020.

CARDIA, Ana Cláudia Ruy. Derechos humanos y empresas en Brasil: ¿Avance por medio de la tragedia? *In*: RIVERA, Humberto Cantú (org.). **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. Instituto Interamericano de derechos humanos. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica : limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta**. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiano Nogueira da Cruz. **A nova lei de defesa da concorrência: comentários sob uma perspectiva histórico-constitucional**. Revista do AGU, Brasília, n.19, p. 7-34, 2012.

CASTILLA, Gustavo Ordoqui. **Abuso de derecho (civil, comercial, procesal, laboral y administrativo)**. Pontificia Universidade Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez, 2010.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Volume II. 3. ed. 2a tiragem. Atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CHANG, Ha-Joon. **Economia: Guia do Utilizador**. 1 ed., Lisboa: Clube do Autor, 2016.

CHENG, Thomas K. **Competition Law in Developing Countries. Economic Growth and Economic Development**. Oxford: Oxford University Press, 2020.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 3. ed., 2004.

CLAPHAM, Andrew. **Human Rights obligations of Non – State Actors**. 1. ed., New York: Oxford University Press, 2006.

CLERC, Christophe. **The French ‘Duty of Vigilance’ Law: Lessons for an EU Directive on Due Diligence in Multinational Supply Chains**. ETUI Policy Brief. European Economic, Employment and Social Policy. N°1/2021, p. 2.

COASE, Ronald. H. **The problem of social cost**. The Journal of Law and Economics. Vol. III. University of Virginia. October 1960. p. 2, 18. Disponível em: <http://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. As obrigações empresariais in COELHO, Fábio Ulhoa et al. **Tratado de direito comercial**. Volume 5: obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção Internacional dos direitos humanos: a Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

Comissão IDH. **Povos Indígenas, Comunidades afrodescendentes e recursos naturais: proteção dos direitos humanos no contexto das atividades de extração, exploração e desenvolvimento, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 47/15** (31 de dezembro de 2015).

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1990.

CONNECTAS. Empresas e Direitos Humanos. Disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/connectas_principiosorientadoresruggie_mar20121.pdf. Acesso em 31 mai. 2021.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Porto Alegre: Booksman, 2010.

COOTER, Robert; Ulen, Thomas. **Law and Economics**. 5. ed. Boston: Pearson Education, 2008.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2017.

CORTE IDH, **Caso Hacienda Verde vs Brasil**, Questões Preliminares, Mérito, Reparações e Custos. Sentença de 20 de outubro de 2016.

CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas, sentença de 26 de setembro de 2006, Série C, n. 154, §124;

CORTE IDH. **Caso Cabrera Garcia vs. México**. Publicada em 26 nov. 2010.

CORTE IDH. **Caso de Pessoas Dominicanas e Haitianas vs. Colômbia**. Publicado em 30 nov. 2012.

CORTE IDH. **Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname**. Sentença de 28 de novembro de 2007.

CORTE IDH. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Série C-333.

CORTE IDH. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párrafo n. 71.

CORTE IDH. **Caso González e outras vs. México**. Publicado em 16 nov. 2009.

CORTE IDH. **Caso Las Palmeras vs. Colômbia. Sentença de 6 de Dezembro de 2001. Fundo. Serie C n. 90.**

CORTE IDH. **Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colômbia**. Exceções Preliminares, Fundo e Reparação. Sentença de 30 de novembro de 2012. Serie C-259.

CORTE IDH. **Caso Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia**. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Serie C No. 140.

CORTE IDH. **Caso Miguel Castro Vs. Peru**. Interpretação da Sentença de Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de agosto de 2008 Série C No. 181.

CORTE IDH. **Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador**. Mérito e reparações. Sentença de 27 de junho de 2012.

CORTE IDH. **Caso Santiago Marzióni vs. Argentina**. 1997, Série L, No. 11.673, Report 39/96.

CORTE IDH. **Caso Tibi vs. Equador**. Publicado em 07 set. 2004.

CORTE IDH. **Caso Trabalhadores Cessados do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru**. Publicado em 24 nov. 2006.

CORTE IDH. **Caso Valle Jaramillo vs. Colômbia**. Publicado em 27 nov. 2008, § 78.

CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Serie C No. 4.

CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC 23/17**. Publicada em 15 de novembro de 2017.

CORTE IDH. **Opinião consultiva OC-18/03** de 17 de setembro de 2003. Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados. Serie A No. 18.

CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC-21/14** de 19 de agosto de 2014. Direitos e garantias de meninas e meninos no contexto de migração e/ou em necessidade de proteção internacional. Serie A No. 21.

CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC-4/84** de 19 de fevereiro de 1984. Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização. Serie A No. 4.

CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC-7/86**. de 29 de agosto de 1986, serie A, núm. 7.

CZINKOTA, Michael; KAUFMANN, Hans Ruediger; BASILE, Gianpaolo. The relationship between legitimacy, reputation, sustainability and branding for companies and their supply chains. **Industrial Marketing Management**, [s.l.], v. 43, n. 1, p. 91-101, jan. 2014.

DABLA-NORRIS, et al. **Causes and consequences of income inequality**: a global perspective. IMF Staff Discussion Note, Washington, n. SDN/15/13, 2015. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2015/sdn1513.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2021.

DARR, Amber. **Competition Law and Human Rights: A Complex Relationship**. Wirtschaft und Wettbewerb, August, 2021.

DELMANTO, Celso. **Crimes de Concorrência Desleal**. São Paulo: Bushatsky/EDUSP, 1975.

DEVA, Surya. Empresas y derechos humanos: Algunas reflexiones sobre el camino a seguir. *In*: RIVERA, Humberto Cantú (org.). **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. Instituto Interamericano de derechos humanos. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017.

DEVA, Surya. **Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business**. Londres, Routledge, 2012.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. *In* RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DOWBOR, Ladislau. **Democracia econômica: alternativas de gestão social**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. 2 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2007.

EUROPEAN COMMISSION. Directorate General for Justice and Consumers. **Study on due diligence requirements through the supply chain**. January, 2020, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020.

EUROPEAN UNION COMMISSION. Promoting a European framework for Corporate Social Responsibility (Green Paper). **EurLex**, Brussels, July, 8th, 2011, CELEX: 52001DC0366.

FABBRI JUNIOR, Helio. Responsabilidade civil: dano moral oriundo das relações concorrenciais. **Revista da ABPI**, n. 3, mai-jun/1992.

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

FACHIN, Melina Girardi et. al. Ponto cego do direito internacional dos direitos humanos: uma superação do paradigma estatocêntrico e a responsabilidade internacional de empresas violadoras de direitos humanos. *In*: **Homa Publica**: Revista Internacional De Derechos Humanos y Empresas, Juiz de Fora v. 1, n. 1, 2016.

FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao Desenvolvimento – uma possível ressignificação entre a Constituição Brasileira e o Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FANCY, Tariq. **The secret diary of a sustainable investor**. Disponível em: <https://medium.com/@sosofancy/the-secret-diary-of-a-sustainable-investor-part-2-831a25cb642d>. Medium, Ireland, 2020, Acesso em 16 out. 2021.

FARIA José Eduardo. **Sociologia Jurídica**: Direito e Conjuntura. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy. **Sur, Rev. int. direitos human.**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 174-191, Dec. 2009. p. 181-182. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 nov. 2020.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Desenvolvimento Económico e Direitos Humanos. **Boletim de Ciências Económicas**. v. LII. Coimbra: Impactum Coimbra University Press, 2009.

FELICE, Damiano de. Human rights quarterly, Volume 37, Issue 2, May 2015, pp. 511-555.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Concorrência como tema constitucional**. *In*: Revista do IBRAC. São Paulo, v. 16, n. 1, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direito da Concorrência e Enforcement Privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, n. 2, novembro de 2013.

FERREIRA, Sérgio Ricardo Savi. **Responsabilidade Civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção**. Rio de Janeiro: Atlas, 2012.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MOLLER, Carlos María Pelayo. La Obligación de Respetar y Garantizar Los Derechos Humanos a La Luz de La Jurisprudencia de La Corte Interamericana. **Estudios Constitucionales**, v. 10, n. 2, 141–92, 2012.

FOMBRUM, Charles J.; VAN RIEL, Cees B. M. The reputational landscape. **Corporate reputation review**, vol. 1, n. 2, 1998.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito da Concorrência**. 6 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileira: da mercancia ao mercado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FOX, Eleanor M. **Imagine: Pro-Poorer Competition Law. Organization for Economic Co-operation and Development – OECD**. Global Forum on Competition. Competition and Poverty Reduction. 14 feb 2013. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2013\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2013)4&docLanguage=En).

FOX, Eleanor M. Outsider Antitrust: ‘Making Markets Work for People’ as a Post-Millennium Development Goal. *In*: BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE. **Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries**. New York: Oxford University Press, 2017.

FRANCA, Bárbara Gomes Navas da; SCAFF, Fernando Facury. **A tutela civil do concorrente: a responsabilidade civil e suas consequências**. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

FRANCE, Loi mN° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, 2017. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034290626&categorieLien=id>. Acesso: em 23 ago. 2021.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. Direito Concorrencial. **Coleção Tratado de Direito Empresarial**. Vol. 7. Coordenação Modesto Carvalhosa. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016.

FRAZÃO, Ana. **Diário secreto dos investimentos ESG: Quais são os limites das iniciativas voluntárias e o que deve ser endereço pela regulação obrigatória?** Jota, São Paulo, ano 2021, Caderno: Constituição, Empresa e Mercado. p. 1-2. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/diario-secreto-dos-investimentos-esg-06102021>. Acesso em 11 out. 2021.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRAZÃO, Ana. **Empresa e propriedade - Função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FRAZÃO, Ana. **Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 77, n. 4, p. 17-43, out./dez. 2011.

FREIRE, Maria Paula Vaz. **Eficiência e restrições verticais – Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Portugal, AFFDL, 2008.

FRIEDENTHAL, Jacl; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur. **Civil Procedure**. Saint Paul, West Publishing Co, 1985.

FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

FUSSLER, Claude. Responsible Excellence Pays! **The Journal of Corporate Citizenship**, no. 16, Greenleaf Publishing, 2004, pp. 33–44.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - Responsabilidade civil**. vol. 3. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GAL, Michal S. FOX, Eleanor M. Drafting competition law for developing jurisdictions: learning from experience. *In*: GAL, Michal S. et al. (Org.). **The economic characteristics of developing jurisdictions: their implications for competition law**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015.

GARAVITO, César Rodríguez; KWEITEL, Juana; WAISBICH, Laura Trajber. **Desenvolvimento e Direitos Humanos: Algumas Ideias para Reiniciar o Debate**. Revista internacional de direitos humanos, v. 9, n. 17, dez. 2012. Disponível em: <https://sur.conectas.org/desenvolvimento-e-direitos-humanos/>. Acesso em: 7 abr. 2021.

GARAVITO, Rodríguez. **Empresas y derechos humanos. Un marco conceptual y un mapa de estrategias regulatorias**. 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018.

GERBER, David J. **Global competition law convergence: potential roles for economics**. Chicago-Kent College of Law Research Paper, Chicago, n. 5, p. 01-26, 2014.

GIRARDI, Viviane; LOPEZ, Teresa Ancona. **A problemática dos lucros ilícitos no sistema legal brasileiro: o lucro da intervenção**. 170 f. Tese (Doutorado) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

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

GLOBAL JUSTICE NOW. **Corporation vs governments revenues: 2015 data**. Disponível em: https://www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/corporations_vs_governments_final.pdf Acesso em 14 de abril de 2021.

GLOBAL POLICY FORUM. Top. 200: **The Rise of Global Corporate Power**. By Sarah Anderson and John Cavanagh, 2000. Disponível em: <https://www.globalpolicy.org/component/content/article/221/47211.html> Acesso em 14 de abril de 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – volume 4: responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GONÇALVES, Oksandro. **Análise econômica do direito**. 1 ed. Curitiba: IESDE, 2020.

GONÇALVES, Oksandro. O princípio da eticidade no direito contratual. *In*: Nalin, Paulo (Org). **Princípios de Direito Contratual - Contratos & Sociedade**. vol. 1, 1 ed. (2003), 3 reimp (ano 2010). Juruá Editora: Curitiba.

GONÇALVES, Oksandro; SILVA, Ricardo Murilo da. Enforcement privado, sanção reputacional e trabalho escravo.” **Revista chilena de derecho del Trabajo y de la seguridad social**. Chile: Vol. 11 Núm. 21, pp. 117-134, Primer Semestre/2020.

GONZÁLES MIJANGOS, Javier. La doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *In*: **Derecho Procesal Constitucional. 50 años de desarrollo científico: 1956-2006**. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, p. 1-24.

GOUVÊA, Carlos Pagano Botana Portugal; GÄRNER, Bruna Magalhães; GUERRA, João Paulo Braune. Governança corporativa e direitos humanos: uma análise empírica no novo mercado. **Homa Publica Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas**, Juiz de Fora, v. 3, n. 2. p. 139-158, 2019.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 7 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. 17. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRAU, Eros Roberto. in CANOTILHO, J.J. Gomes. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GRAU, Eros. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro - estudos de teoria política**. 3. ed., São Paulo: Loyola, 2007.

HACHEM, Daniel Wunder. **A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

HANNUM, Hurst. **International human rights: problemas of law, policy, and practice**. 5 ed. Aspen Casebook series., USA, 2011.

HARVEY, Philip. **Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously**. Columbia human rights law review, [S. l.], v. 33, p. 363-471, 2001.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade civil punitiva: os “punitive damages” no direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, Geraldo E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 21. ed. São Paulo: editora? 2014.

HOMA – Centro de Direitos Humanos e Empresas. **Reflexões sobre o Decreto 9571/2018 que estabelece Diretrizes Nacionais sobre empresas e Direitos Humanos**. In: Cadernos de Pesquisa Homa. vol. 1, n. 7, 2018.

HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust**. 3 ed. Black Letter Series – West Group, 1994.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust law – the law of competition and its practice**. 2nd ed., St. Paul – Minnesota: West Group, 1999.

HOVENKAMP, Herbert. **The antitrust enterprise: principle and execution**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

HUMAN RIGHTS COUNCIL, ‘**Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights**’. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the

Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, John Ruggie, UN Doc. A/HRC/8/5, 7 abr. 2008.

HUMAN RIGHTS COUNCIL, Res. 17/4, ONU. Notícias, ONU. O Conselho de Direitos Humanos endossa princípios para garantir que as empresas respeitem os direitos humanos (16 de junho de 2011), <https://news.un.org/en/story/2011/06/378662>.

HUMPHREY, John P. The Universal Declaration of Human Rights: Its History, Impact and Juridical Character. in. HANNUM, Hurst. **International human rights: problemas of law, policy, and practice**. 5 ed. Aspen Casebook series: USA, 2011.

SCHEWENZER, I. LEISINGER; B. Ethical values and international contracts. *In*: CRANSTON, Ross; RAMBERG, JAN; ZIEGEL, Jacob. **Commercial law challenges in the 21st Century**. Uppsala: Iustus Forlag, 2007.

IACHR. **Indigenous peoples, Afro-descendent communities, and natural resources: Human rights protection in the context of extraction, exploitation, and development activities**. OEA/Ser.L/V/II. Doc.47/15OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15, 2015.

IBAÑEZ, Juan Ignacio, et. al. **Devoir de Vigilance: Reforming Corporate Risk Engagemen**. Disponível em https://www.ipoint-systems.com/fileadmin/media/downloads/Devoir-de-Vigilance_Loi-2017-399_Study_2020.pdf. Acesso em: 23 ago. 2021.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **The ICC antitrust compliance toolkit. International Chamber of Commerce: Comission on Competition**, 2013.

JABUR, Wilson Pinheiro. Pressupostos do ato de concorrência desleal. *In*: JABUR, Wilson Pinheiro SANTOS. **Propriedade intelectual: criações industriais segredos de negócio e concorrência desleal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

JACOBS, Andrew. Lawsuits Over ‘Misleading’ Food Labels Surge as Groups Cite Lax U.S. Oversight. **New York Times**, New York, Science. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/09/07/science/food-labels-lawsuits.html>. Acesso em: 24, out. 2021.

JAYME, Fernando G. **Direitos Humanos e sua Efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Reu, 2005.

JIMENEZ, Pedro Mario González. La violación de normas antitrust como acto de competência desleal. *In*: SERRANO, Luis Maria Miranda. COMESAÑA, Julio Costas. **Derecho de la competência. Desafios y cuestiones de actualidad**. 1a. ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70 Lda, 2007.

KAPLOW, Louis. On the choice of welfare standards in competition law. in **The goals of competition law**. Harvard: Edward Elgar, 2012. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kaplow_693.pdf. Acesso em: 05 ago. 2021.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus Welfare**. Cambridge, MA: Harvard University Press. Harvard Law Review, vol. 114, Feb. 2001, pp. 961–1388.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KEMMELMEIER, Carolina Spack; PECIN, Bruna Barbosa. **Corporações transnacionais e responsabilização na jurisdição estatal por violação a direitos humanos na cadeia produtiva**. Universitas Jus, Vol. 27, n. 2, 2016.

KEYNES, John Maynard. O Fim do Laissez-Faire. in SZMRECSÁNYI, Tamás (org.). John Maynard Keynes. Coleção **Os Grandes Cientistas Sociais**, vol. 6. São Paulo: Ética, 1984.

KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaela. A aplicação do lucro da intervenção (disgorgement of profits) no direito civil brasileiro: um novo dano no campo da responsabilidade civil ou uma categoria do enriquecimento sem causa? *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 559-560.

KHAN, Farzad Rafi; WESTWOOD, Robert; BOJE, David M. **I fell like a foreign agent: NGOs and corporate social responsibility interventions into third world child labor**. *Human Relations*, v. XX, n. X, p. 1-22, 2010.

KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase in RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William S. Direito, Estado e Razão Prática: a teoria do direito de Neil MacCormick. *In*: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (Orgs.). **Coleção Teoria Crítica do Direito: o positivismo jurídico no séc. XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LA FETRA, Deborah. Freedom, **Responsibility and Risk**: Fundamental Principles Supporting Tort Reform. *Indiana Law Review*, Vol. 36, 2003.

LABOWITZ, Sarah; O'CONNOR, Casey. **Putting the “S” in ESG: Measuring Human Rights Performance for Investors**. New York: New York University Stern Center for Business and Human Rights, March, 2017.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAMORTE, Gerusa Linhares; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Maximização do valor da empresa: impacto normativo, gestão de riscos e reputação.** 2019. 116 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2019.

LANGILLE, Brian Alexander. Para que serve o direito internacional do trabalho? **Revista de Direito do Trabalho.** São Paulo, a. 33, n. 127, p. 175-204, jul./set. 2007.

LEITÃO, Adelaide Menezes. **Estudo de Direito Privado sobre a cláusula geral de concorrência desleal.** Coimbra: Almedina, 2000.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **O enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto face à contraposição entre diferentes categorias de enriquecimento sem causa.** Coimbra: Almedina, 2005.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas.** São Paulo: Atlas, 2012.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LI, Toh Han. **Competition law, freedom of association and fixing salaries.** Organisation for Economic Co-operation and Development - Global Forum on Competition. DAF/COMP/GF(2016). Session I. 1-2 December 2016, p. 1-9. p. 9. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)13/en/pd](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)13/en/pd). Acesso em 21 jul. 2021.

LOBO, Paulo. Boa-fé entre o princípio jurídico e o dever geral de conduta obrigacional. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/02/26/boa-fe-do-administrado-e-do-administrador-como-fator-limitativo-da-discrecionalidade-administrativa/#:~:text=A%20boa%2Df%C3%A9%20dever,parcial%2C%20quando%20com%20ela%20incompat%C3%ADvell>. Acesso em 18 out. 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil - volume 2: obrigações.** 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **A lei da Propriedade Industrial comentada.** São Paulo: Lejus, 1999.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.** Madrid/España: Editorial Tecnos, 2017.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory.** Oxford: Oxford University Press, 2007.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MACKEY, John; SISODIA, Raj. **Capitalismo consciente**: como libertar o espírito heroico dos negócios. Tradução Rosemaria Zeigelmaier, 1 ed., 4 impressão, São Paulo: HSM Editora, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela contra o ilícito (art. 497, parágrafo único, do CPC/2015). **Revista de Processo**. vol. 245. São Paulo: ed. RT, jul. 2015.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das relações contratuais. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. In: **Revista de Direito do Consumidor**, v. 35, p. 61-96, jul./set., 2000, DRT/727.

MARTINS-COSTA, Judith. **Boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 927. Criar uma nova nota de rodapé

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5 ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, Método, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 150, p. 27-53, abr./jun. 2001.

MCBARNET, Doreen. Human Rights, Corporate Responsibility and the New Accountability. In: CAMPBELL, Tom; MILLER, Seumas. **Human Rights and the Responsibilities of Corporate and Public Sector Organisations**. Dordrecht, Kluwer, 2004.

MENDES, Paulo Parente Marques e ALMEIDA JUNIOR, José Roberto de. Concorrência desleal: atos de imitação sem indução em erro. In: ASSOCIAÇÃO INTERAMERICANA DA

PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Derechos intelectuales**. Colômbia: Legis, 2013. p.110-128. Derechosintelectuales, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado**. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. XVII. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. n. 1, v. 7.

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

MONCADA, Luiz S. Cabral de. **Direito Económico**. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos, **RTDC**, v. 21, jan/mar 2005.

MOREIRA, Thiago de Oliveira. **Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRN, 2015.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições do direito civil: direito das obrigações**. v. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NETTO JUNIOR, Edmundo Antonio Dias; WEICHERT, Marlon Alberto; NUNES, Raquel Portugal. **A desconstrução do caráter vinculante das normas sobre empresas e direitos humanos: da natureza voluntária dos Princípios Ruggie à voluntariedade das diretrizes nacionais**. Homa Publica - Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas, Juiz de Fora, v. 3. Fevereiro-Julho 2019.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. Volume I, Dignidade e direitos fundamentais. 2 ed. Almedina: Coimbra, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. Volume II, Dignidade e inconstitucionalidade. 2 ed.. Coimbra: Almedina, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do défice**. Coimbra: Almedina, 2018.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NWAUCHE, Enyinna Sodienye. **Human Rights-Relevant Considerations in respect of IP and Competition Law**. Vol 2, Issue 4, December 2005.

OCDE. **Policy roundtables: regulated conduct defence**. Paris, 2011.

OEA, **Promoção e Proteção dos Direitos Humanos no Ambiente de Negócios**. AG / RES. 2840 (XLIV-O / 14). Aprovado na segunda sessão plenária realizada em 4 de junho de 2014.
OECD. **Policy Roundtables**. Market Studies. Competition Committee. 2008.

OIT . **Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho**.
Genebra, 1998. Disponível em:

http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao_oit_547.pdf. Acesso em: 05 nov. 2020.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya; FACHIN, Melina Girardi. **Deferência e pluralismo no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos**. 2017. 482 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020.

ONU. 2005a. **Comission on Human Rights. Human rights and transnational corporations and other business enterprises**. U.N. Doc. E/CN.4/RES/2005/69. 20 Apr. Disponível em http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005-69.doc. Acesso em: 05 nov. 2020.

ONU. Conselho de Direitos Humanos. **Os direitos humanos e as empresas transnacionais e outras empresas**. A/HRC/ RES/17/4 (16 de junho de 2011).

ONU. **Guiding Principles on Business and Human Rights. Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework**. New York and Geneva, 2011.

ONU. **Human Rights, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie**. U.N. Doc. A/HRC/8/5. 7 Apr, 2008b. Disponível em: <http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2020.

ONU. **Resolução n. 1913**. de 5 de dezembro de 1974. Disponível em: https://digitallibrary.un.org/record/215243/files/E_RES_1913%28LVII%29-EN.pdf. Acesso em 14 de abril de 2021.

ONU. **The Road to Dignity by 2030: Ending Poverty, Transforming All Lives and Protecting the Planet**. (2014) UN Doc A/69/700. Disponível em: https://www.un.org/disabilities/documents/reports/SG_Synthesis_Report_Road_to_Dignity_by_2030.pdf. Acesso em 26 jul. 2021.

OSEITUTU, Julia Janewa. **Human Development as a Core Objective of Global Intellectual Property**. Kentucky Law Journal, VOLUME I05 2016–2017 NUMBER I, 2016. p. 7. Disponível em: https://ecollections.law.fiu.edu/faculty_publications/278. Acesso em: 28 jun. 2021.

PAIVA, Annuska Macedo Santos de França. Empresas e direitos humanos: entre o lucro e a ética. **Revista de Direito, Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais**. Curitiba, v.2, n. 2, Jul./Dez. 2016.

PALAZZO, Guido; MORHART; Felicitas; SCHREMPF-STRILING, Judith. Shopping for a better world: how consumer decisions can help to promote sustainability and human rights. *In:*

BAUMANN-PAULY, Dorothée; NOLAN, Justine. **Business and Human Rights: from principles to practice**. New York: Routledge, 2016.

PAMPLONA, Danielle Anne. Um projeto comum para América Latina e os impactos das empresas em direitos humanos, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 09, n. 02, ag., 2019, 285-301.

PAMPLONA, Danielle Anne; ERNESTO, Moisés Xavier de Jesus. As violações de direitos humanos pela indústria extrativista. **Revista de Direito Sem Fronteiras**. Foz do Iguaçu, Edição Especial., v. 1, n. 3, p. 47-60, 2017.

PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

PARGANDLER, Mariana Souza; MARTINS-COSTA, Judith. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, n. 29, Brasília, jan.mar., 2005.

PARGENDLER, Mariana, The Corporate Governance Obsession. **Journal of Corporation Law**, Vol. 42, No. 2, pp. 359-402, 2016.

PEDRAZA, Mónica Andrea Tangarife. **La estructura jurídica de la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales em casos de violaciones a los derechos humanos**. Alemania: Editorial Académica Española, 2011.

PEÑA, Julian. Competition policies in Latin America, post-Washington consensus. *In*: MARSDEN, Philip (Org.). **Handbook of research in trans-atlantic antitrust**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006.

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

PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil, 1930-1983**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

PERLINGEIRI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PETRECOLLA, Diego et al. Economic structure and competition policy application in Latin American countries. in GAL, Michal S. et al. (Org.). **The economic characteristics of developing jurisdictions: their implications for competition law**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015.

PIKETTY, Thomas. **Capital e Ideologia**. Tradução de Maria de Fátima Oliva do Coutto, Dorothée de Bruchard. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

PILLA, Maria Cecília Barreto Amorim; ROSSI, Amélia Sampaio. **Constituição de 1988: o avanço dos Direitos Humanos Fundamentais**. Estudos Ibero-Americanos, Porto Alegre, v. 44, n. 2, p. 273-284, maio-ago. 2018. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/iberoamericana/article/view/28662/17112>; Acesso em: 06 out. 2020.

PILLA, Maria Cecília Barreto Amorim; ROSSI, Amélia Sampaio. **Constituição de 1988: o avanço dos Direitos Humanos Fundamentais**. Estudos Ibero-Americanos, Porto Alegre, v. 44, n. 2, p. 273-284, maio-ago. 2018. p. 283. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/iberoamericana/article/view/28662/17112> Acesso em: 06 out. 2020.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 4. Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINSKI, Jaime. Introdução. *In*: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla B. (Org.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2014.

PINTARELLI, Camila. **Os direitos humanos e a ordem econômica brasileira**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 64, pp. 335 - 378, jan./jun. 2014.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao Desenvolvimento – Desafios Contemporâneos. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos: Inovações, Avanços e Desafios Contemporâneos. *In*: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord). **O Brasil e o novos desafios do direito internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 11 ed, São Paulo, Saraiva Educação, 2018.

PIOVESAN, Flávia; CANOTILHO, J.J. Gomes. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoria. Empresas e direitos humanos: desafios e perspectivas à luz do direito internacional dos direitos humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. Empresas e Direitos Humanos: Desafios e perspectivas à luz do direito internacional dos direitos humanos. **Empresas e direitos humanos**. Coordenadores Flávia Piovesan, Inês Virginia P. Soares, Marcelo Torelly. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

PISTILLI, Giulia; COMIN, Gianluca; BALESTRIERI, Luca. **II Green Marketing: la comunicazione della sostenibilità**. 2015. 135 f. Tesi di Laurea [Master's Degree Thesis] - LUISS Guido Carli, Italia, 2015.

PITTMAN, Russell. Consumer Surplus as the Appropriate Standard for Antitrust Enforcement. **in Competition Policy International**, Vol. 3, No. 2, Autumn 2007, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1075463>. Acesso em 05 ago. 2021.

POLI, Eleonora. **Antitrust institutions and policies in the globalising economy**. New York, NY: Palgrave Macmillan, 2015.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL Steven. Handbook of Law and Economics. Vol. 1. Elsevier. 2007.

POPE, Shawin; WÆRAAS, Arild. **CSR-washing is rare: A conceptual framework, literature review, and critique**. Journal of Business Ethics, 137(1), 173-193, 2016.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Boston: little, Brown and Company, 1972.

POSNER, Richard Allen. **A economia da Justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PRIOSTE, Fernando Gallardo Viera; HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. **Empresas Transnacionais No Banco Dos Réus: Violações De Direitos Humanos e Possibilidades De Responsabilização**. Curitiba: Terra de Direitos, 2009.

PROENÇA, José Marcelo Martins. O uso disfuncional do compliance – Efeitos danosos da due diligence de Terceiros aos fins do antitruste. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Portugal, Ano 6, nº 1, pp. 79-100, 2020.

RAMASTRY, Anita. Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability. **Journal of Human Rights**, v. 14, n. 2, 237–59, 2015.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do contrato**. São Paulo: Almedina, 2017.

REINISCH, August. The changing international legal framework for dealing with non-state actors. *In*: ALSTON, Philip (ed.) **Non-State Actors and Human Rights**. Oxford: Oxford Academy Press, 2005. p.43. Disponível em: https://www.univie.ac.at/intlaw/reinisch/non_state_actors_alston_ar.pdf. Acesso em 25, nov. 2020.

REINO UNIDO. Corte de Apelação da Inglaterra e País de Gales (Divisão Civil), Chandler v Cape plc, Sentença, Processo No. [2012] EWCA, Civ 525, 25 de abril de 2012.

REINO UNIDO. Lungowe & Ors vs Vedanta Resources Plc & Anor [Outubro 13, 2017] EWCA Civ 1528. Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2017/1528.html>.

REINO UNIDO. Vedanta Resources PLC and another (Apelante) vs Lungowe e outros (Respondentes). [2019] UKSC 20, [2019]. 22. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>. Acesso em 23 ago. 2021.

REIS, Iuri. **Danos patrimoniais: uma perspectiva pragmática**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista & empresa privada: estrutura e função**. Curitiba: Juruá, 2000.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; STARKE, Filipe. **Eficiência e concentração empresarial: o caso do setor de bebidas frias**. *In*: Direito e Economia. Florianópolis: CONPEDI, 2014. v. I, p. 225-251.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento: Antecedentes, Significados e Consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RIVERA, Humberto Cantú. **La responsabilidad de las empresas en matéria de derechos humanos**. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018.

RIVERA, Humberto Cantu. Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. *In*: RIVERA, Humberto Cantú (org.). **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. Instituto Interamericano de derechos humanos. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017.

RIVERA, Humberto Cantú. Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. *In*: CANTÚ RIVERA,

Humberto. **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina.** Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017.

ROA ROA, Jorge Ernesto. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**, vol 4, 20 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito.** Coimbra: Editora Almedina, 2007.

ROESLER, Claudia Rosane, E RÜBINGER-BETTI, Gabriel. "O julgamento da ADI Nº 3510 sob a perspectiva argumentativa. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 3, nov.2014.

ROMANO, Cristiano. **Empresa é risco (Como interpretar a Nova Definição).** São Paulo: Malheiros, 2007.

ROSEVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo.** 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

ROSEVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RUGGIE, John G.; MIDDLETON, Emily K.; **Money, Millennials and Human Rights: Sustaining ‘Sustainable Investing’.** Harvard Kennedy School, Faculty Research Working Paper Series RWP18-023, August, 2018.

RUGGIE, John Gerar. ¿Jerarquía o ecosistema? La regulación de los riesgos relativos a los derechos humanos provenientes de las empresas multinacionales. in GARAVITO, César Rodríguez (editor). **Empresas y derechos humanos em el siglo XXI.** 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018.

RUGGIE, John Gerard Ruggie. **Just Business. Multinational Corporations and Human Rights.** W. W. Norton & Company inc: New York, 2013.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Empresas transnacionais e violação de Direitos Humanos: a justiça universal como alternativa possível in. **Perspectivas latinoamericanas sobre Derechos Humanos y Empresa.** No prelo.

SALLES, Raquel Bellini. **Autotutela das relações contratuais.** Rio de Janeiro: Processo, 2019.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial.** São Paulo: Malheiros, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid: Debate, 1990.

SANDOVAL, Clara. Two steps forward, one step back: Reflections on the jurisprudential turn of the Inter-American Court of Human Rights on domestic reparation programmes. **The International Journal of Human Rights**, London, p. 1192- 1208, 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37045.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2021.

SANTANA, Anna Luisa Walter de; PAMPLONA, Danielle Anne. **Intermediarios de internet y derechos humanos: contribuciones del Sistema Interamericano en la construcción de estándares comunes para la promoción de la libertad de expresión en América Latina**. 2020. 263 f. Teses (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020.

SANTARELLI, Nicolás Carrillo. La promoción y el desarrollo de la protección de los derechos humanos frente a abusos empresariales em el sistema interamericano. *In*: RIVERA, Humberto Cantú (org.). **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad: vicissitudes para su construcción en el sistema interamericano de derechos humanos**. Ideas fuerza rectoras. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2017.

SANTOS NETO, João Antunes dos. Legalidade e decisões políticas. **Revista de Direito Administrativo**. *Rio de Janeiro*, v. 234, p. 147-175, out./dez. 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed.: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *In*: BARROSO, Luís Roberto (org.) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SHELTEMA, Martijn. The Mismatch between Human Rights Policies and Contract Law: Improving Contractual Mechanisms to Advance Human Rights Compliance in Supply Chains. *In*: L.F.H. Enneking et al. (eds.), **Accountability and International Business Operations: Providing Justice for Corporate Violations of Human Rights and Environmental Standards**. London: Routledge, 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de peração à diluição dos danos**. 5a ed., São Paulo: Atlas, 2013.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. **A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência**. Revista do IBRAC. V. 16, n. 1.

SCHUMAN, Mark C. **Managing Legitimacy: Strategic and Institutional Approaches**. The Academy of Management Review, Vol. 20, No. 3, pp. 571-610, 1995.

SCHUTTER, Olivier de. **International human rights law: cases, materials, commentary**. 3 Ed. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2019.

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

SEMERARO, Giovanni. Gramsci e a Sociedade Civil. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

SEDLACEK, Tomas. **Economics of good and evil: the quest for economic meaning from Gilgamesh to Wall Street**. New York, NY: Oxford University Press, 2011.

SEELE, Peter; GATTI, Lucia. Greenwashing Revisited. Search of a Typology and Accusation-Based Definition Incorporating Legitimacy Strategies. **Business Strategy and the Environment**, 2015.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

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

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: companhia das Letras, 2010.

SHAPIRO, Carl. **Antitrust in a Time of populism**. 24 October 2017. Disponível em: <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/antitrustpopulism.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2021.

SHAVELL, Steven. **The Optimal Structure of Law Enforcement**. *Journal of Law and Economics*, v. 6, n. 1, Part 2 (Apr., 1993).

SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

SILVA, Ana Rachel Freitas da; PAMPLONA, Danielle Anne. Os princípios orientadores das nações unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços? *In*: BENACCHIO, Marcelo (coordenador). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. Editora CRV. Curitiba 2016.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.
SILVA, Lucas Reis da; PAMPLONA, Danielle Anne. **Mecanismos de responsabilização de empresas de uma mesma cadeia de produção por submissão de trabalhadores a condições de escravidão contemporânea**. 2020. 112 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ALMEIDA, Patricia Martinez. **Empresas e Direitos Humanos**. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 4, n. 2, pp. 357-372, Mai-Ago, 2015.

SMITH, Rhona K. **International Human Rights Law**. United Kingdom: Oxford University Press, 8 Ed. 2018.

SOLOMON, Michael R. **O comportamento do consumidor**. Trad. Beth Honorato. 11. ed. Porto Alegre: Bookman, 2016.

SOUSA, Simone Letícia Severo e. Das práticas concorrenciais ilícitas: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, v. 14, n. 6, pp. 215-230, maio/ago. 2016.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. CLARK, Giovani. **Direito econômico e a ação estatal na pós-modernidade**. São Paulo: LTr, 2011.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980.

SPECIAL REPRESENTATIVE OF THE SECRETARY-GENERAL ON THE ISSUE OF HUMAN RIGHTS AND TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES, **Report of the Special Representative of the Secretary-General on the**

Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises: Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, T 3, UN Doc A/HRC/8/5 (7 Abr. 2008).

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: 2004.

STIGLITZ, Joseph E. **Inequality and Economic Growth**. in Rethinking capitalism economics and policy for sustainable and Inclusive growth. The Political Quarterly: Oxford, 2016.

STIGLITZ, Joseph E. **Povo, poder e lucro: Capitalismo progressista para uma era de descontentamento**. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 2021.

STIGLITZ, Joseph E. Towards a Broader View of Competition Policy. *In*: BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE, Liberty. **Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries**. New York: Oxford University Press, 2017.

STIGLITZ, Joseph E., **Globalização: como dar certo**. São Paulo, Companhia das Letras, 2007.
STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1990.

SULLIVAN, E. Thomas; HARRISON, Jeffrey L. **Understanding Antitrust and its Economics Implications**. 6. ed. New providence, NJ: LexisNexis, 2014.

SZTAJN, Rachel. Law and economics. in ZYLBRESZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim. Economia dos contratos. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia: análise econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira: avaliação crítica, jurisprudência, doutrina e estudo comparado**. São Paulo: Almedina, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TEITELBAUM, Alejandro. **United Nations and Transnational Corporations: a deadly association**. 4 Apr. 2007 Disponível em: http://thirdworldtraveler.com/United_Nations/UN_TNCs_DeadlyAssoc.html. Acesso em: 05 nov. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. A influência dos direitos humanos e direitos fundamentais no direito civil brasileiro. *In*: LEAL, Larissa Maria de Moraes; GODINHO, Adriano Marteleto Godinho; LIMA, Raquel Moraes de. **Direito civil - Constitucional I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *In* **Temas de direito civil**. Tomo 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídico privadas. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações privadas. *In*: **Temas de Direito Civil**. 4. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. *In* Temas de Direito Civil. Tomo 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. *In*: TEPEDINO, GUSTAVO; B. FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lirida. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil**. responsabilidade civil. v. 4. Rio de Janeiro: Forense 2020.

TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica do Direito da Obrigações e Contratos Comerciais. *In* COELHO, Fábio Ulhoa. As obrigações empresariais *in* COELHO, Fábio Ulhoa et al. **Tratado de direito comercial**. Volume 5: obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos? **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 321-353, 2017.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **CASO Mastromatteo vs. Itália**. 24 de outubro de 2002.

TORELLY, Marcelo. **Governança transversal dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

- TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro, 2009.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v I, 2. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- UNCTAD. **The role of competition policy in promoting sustainable and inclusive growth – Note by the UNCTAD secretariat**. 27 April 2015. UN Doc TD/RPB/CONF.8/6. Disponível em: Acesso em 23.03.2020.
- VALOR, Carmen. **What if all trade was fair trade**. The potential of a social clause to achieve the goals of fair trade. *Journal of strategic marketing*, vol. 14, n. 3, 2006, p. 263-275.
- VERBICARO, Dennis; FREIRE, Gabriela Ohana Rocha. O combate ao dumping social no mercado de consumo através do exercício qualificado da liberdade de escolha do consumidor. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**, v. 4. p. 1-18, 2019.
- VERBICARO, Dennis; FREIRE, Gabriela Ohana Rocha. O reconhecimento do dano moral coletivo consumerista diante da prática empresarial do bluewashing. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 129/2020, 2020.
- VERBICARO, Dennis; SILVA, Luíza Tuma da Ponte; SIMÕES, Sandro Alex. A relevância da atuação estatal no combate às práticas empresariais de greenwashing e bluewashing nas relações de consumo. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 21, n. 1, p. 61-80, janeiro/abril 2021.
- VILA, Mireia Llobera. **Las medidas estatales de prevención del dumping social en la jurisprudencia del TJUE: la senda abierta hacia la sentencia bundesdruckerei**. *Revista Juridica de los derechos sociais*. Enero-julio 2015, vol. 5, n. 1/2015.
- VILLAN DURAN, Carlos. **Curso de derecho internacional de los derechos humanos**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- VISSCHER, Louis T. Economic analysis of punitive damages. *In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Vol. 25. Vienna: Springer, 2009. p. 219/236.
- VYTOPIL, Anna Louise. **Contractual Control in the Supply Chain On Corporate Social Responsibility, Codes of Conduct, Contracts and (Avoiding) Liability**, Eleven: Netherlands, 2015.

WAKED, Dina. **Antitrust goals in developing countries: policy alternatives and normative choices.** (2015). Seattle University Law Review, Vol. 38, No. 3, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2600034>. Acesso em 05 ago. 2021.

WALZER, Michael. Política e paixão: rumo a um liberalsimo mais igualitário. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

WEBER, Rolf H. **Human rights and fair competition.** NCCR TRADE WORKING PAPERS, Working Paper No 2011/66 | June 2011.

WERHANE, Patricia H, **Corporate Moral Agency and the Responsibility to Respect Human Rights in the UN Guiding Principles: Do Corporations Have Moral Rights?** 1 Business and Human Rights Journal 5, Cambridge University Press: 13 November 2015.

WETTSTEIN, Florian. **Multinational Corporations and Global Justice: Human Rights Obligations of a Quasi-Governmental Institution.** Reino Unido: Stanford University Press, 2009.

YOO, Kwanghyuk. **Interaction of Human Rights Law and Competition Law: The Right to Access to Medicines and Consumer Welfare in the U.S. Pharmaceutical Sector.** Vermont Law Review, Vermont, EUA, Vol. 43:123, Fall 2018.

ZINGALES, Luigi. Enterrando o zumbi do laissez-faire. **Valor Econômico**, São Paulo, 29, dez. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/opiniao/coluna/enterrando-o-zumbi-do-laissez-faire.ghtml>. Acesso em: 05, mar. 2022.

ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo: Reencontrando a chave da prosperidade americana.** Editora: Bei Comunicação, São Paulo, 2015.

ZUBIZARRETA, Juan Hernández. **Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos:** Historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contra hegemónicas transnacionales. Madrid: Hegoa, 2009.