

**O papel dos atores privados na regulação e aplicação das normas
contra o dano ambiental causado pelas empresas**

**The role of private actors in the regulation and enforcement of corporate
environmental harm**

Judith van Erp

Professor of Public Institutions, Utrecht University

Wittevrouwenstraat 7bis, 3512BS Utrecht, NL

J.G.vanErp@uu.nl

<http://orcid.org/0000-0003-4175-1540>

Julho 2017

RESUMO: Este artigo explora alguns dos desafios na regulação e controlo das empresas multinacionais na economia global. Nele se irá descrever de que modo tem surgido uma nova paisagem institucional a partir da globalização dos mercados, mais transnacional do que privatizada, e na qual a legislação e a regulação nacional pública perdem relevância. De seguida, irá analisar de que modo os atores privados podem ser envolvidos na prevenção, regulação e controlo de riscos e danos transnacionais causados pelas empresas, especialmente os danos contra o ambiente, discutindo-se ainda as potencialidades e limitações da regulação e aplicação das normas por parte destes privados. Serão, finalmente, discutidas as consequências daqui decorrentes para a organização da regulação e aplicação de normas públicas, bem como as condições para um envolvimento efetivo dos atores privados.

PALAVRAS-CHAVE: regulação; empresas multinacionais; atores privados; *whistleblowing*; controlo social; danos globais.

ABSTRACT: This chapter explores some of the challenges of the regulation and control of multinational corporations in the global economy. It will describe how a new institutional landscape has arisen out of the globalisation of markets, that is more transnational and more privatized, and in which public national legislation and regulation have less relevance. It will then investigate how private actors can be involved in the prevention, regulation and control of transnational risks and corporate harm, in particular environmental harm, and discuss the potential and pitfalls of private regulation and enforcement. It will also discuss the consequences for the organization of public regulation and enforcement and conditions for an effective involvement of private actors.

KEY WORDS: regulation; multinational corporations; private actors; whistle blowing; social control; global harm.

SUMÁRIO*:

1. Introdução
 2. A regulação das empresas multinacionais na economia global
 3. O papel dos atores privados na denúncia e deteção de danos ambientais causados pelas empresas
 4. A aplicação privada da lei através de ações de responsabilidade civil ou de sanções extralegais
 5. Regulação privada
 6. Observações finais
- Bibliografia

* Tradução para português por Rita Faria, Escola de Criminologia – Faculdade de Direito da Universidade do Porto, a partir de tradução em inglês (fornecida pela autora) do texto publicado: JUDITH G. VAN ERP, (28-09-2016). *Toezicht in de open samenleving - Maatschappelijke controle op multinationale ondernemingen*. Den Haag: Boom bestuurskunde.

1. Introdução

O início do séc. XXI tem sido caracterizado por uma profunda alteração nas relações entre os Estados e o comércio, resultante da globalização, privatização e “financiarização”. A globalização tem sido possibilitada pela internacionalização do comércio, a troca de informação, conhecimento, trabalho e capital por todo o mundo, bem como pela dispersão do trabalho e do capital humano através do globo. Com o crescimento do comércio internacional e das relações internacionais, as distâncias geográficas e as fronteiras nacionais tornam-se menos relevantes e a economia global está agora mais conectada do que nunca. O comércio multinacional tem permitido o acesso a produtos ocidentais por parte de consumidores do Sul global e da Ásia, e as indústrias destas regiões tornaram-se, nos dias de hoje, parte da economia global. Tais desenvolvimentos têm suportado o crescimento exponencial e fortalecido a base de poder das empresas multinacionais e das empresas no âmbito de cadeias de valor globais.

Na Europa ocidental e nos Estados Unidos da América (EUA), as empresas multinacionais fornecem a quase totalidade de funções vitais das vidas diárias dos cidadãos, desde a alimentação ao vestuário, tecnologias da informação e da comunicação, energia, transportes, medicamentos, dinheiro, media e entretenimento. Ainda que, tradicionalmente, muitos destes bens e serviços, considerados elementos críticos de infraestruturas sociais, fossem fornecidos por ou sob estrito controlo dos Estados, são atualmente fornecidos pelos mercados. Através da globalização e da privatização de serviços vitais para a sociedade, as economias nacionais têm-se tornado progressivamente dependentes dos mercados que são, agora, dominados por grandes empresas a operar internacionalmente. O que é mais, as funções de regulação e de monitorização são progressivamente privatizadas e realizadas por companhias globais de auditoria, agências de certificação, agências de *rating* de créditos, autoridades privadas de standardização, contabilistas e outros atores privados na indústria de segurança que, cada vez mais, se baseiam em standards internacionais¹. O que significa que não apenas o fornecimento de bens e serviços essenciais, mas também a monitorização da sua qualidade e segurança, estão agora nas mãos de atores privados multinacionais. A resiliência da nossa sociedade moderna depende, cada vez mais, do funcionamento de empresas multinacionais.

Este artigo explora alguns dos desafios da regulação e controlo das empresas multinacionais na economia global. Descreverá o modo pelo qual tem surgido uma nova paisagem institucional a partir da globalização dos mercados, mais transnacional e privatizada, e na qual a legislação e regulação pública nacional perde relevância. Irá, de seguida, investigar de que modo os atores privados podem ser envolvidos na prevenção, regulação e controlo dos riscos e danos transnacionais causados pelas empresas, particularmente os danos contra o ambiente, discutindo-se os benefícios e limitações da regulação e aplicação privada das normas. Discutirá ainda as consequências para a organização da regulação e aplicação

¹ DAVID LEVI-FAUR, “The Odyssey of the Regulatory State: From a “Thin” Monomorphic Concept to a “Thick” and Polymorphic Concept”, in *Law & Policy*, 35 (1-2), 2013, pp. 29-50

pública das normas, bem como as condições para um envolvimento efetivo dos atores privados.

2. A regulação das empresas multinacionais na economia global

Apesar de existirem várias definições sobre o que são empresas multinacionais, é comum entender-se que uma empresa multinacional é uma empresa que produz e/ou vende produtos ou serviços em mais do que dois países, fazendo derivar uma parte substancial das suas receitas de operações de fora do seu país de origem. Estas empresas são, cada vez mais, empresas em rede, situação que se materializa no conceito de “cadeias de valor globais”² e que remete para todo o processo de produção global, incluindo a produção física, o marketing, as finanças e as vendas. As multinacionais já não são, por isso, as únicas grandes produtoras industriais, como no caso da *Shell* ou da *Sony*. O aumento da economia da internet e o crescimento da economia de conhecimento e de serviço, têm resultado na emergência de jogadores multinacionais mais pequenos, bem como de empresas “nascidas globais” que são internacionais desde o seu surgimento. Cada vez mais, as empresas multinacionais têm as suas raízes em mercados emergentes não-ocidentais, tal como sucede com o produtor de aço indiano, *Tata Steel*, ou a produtora tailandesa de aparelhos eletrónicos, *Foxconn*, a maior companhia eletrónica do mundo. A financialização conduziu a um papel mais abrangente das empresas financeiras e de capital. As relações entre acionistas, o investimento em empresas em crescimento, os fundos de cobertura e os investidores institucionais, assim como as firmas de serviços financeiros que realizam importantes papéis reguladores, todos são agora capazes de moldar a economia global.

Na sua imensa variedade, as empresas multinacionais têm ganho um poder económico sem precedentes devido ao seu tamanho e escala; à sua flexibilidade, operando em qualquer ponto do globo; e às economias nacionais progressivamente mais dependentes para obtenção de empregos e serviços vitais. Através de uma combinação de poder económico e regulatório, aquelas coordenam e controlam os mercados cruzando fronteiras e Estados-Nação³. Não se limitando a usar as possibilidades da globalização, criam ainda novas práticas, *networks* e instituições e, por isso, são consideradas como as principais modeladoras da nova paisagem institucional da economia empresarial global⁴. São, por isso, não apenas jogadores económicos, mas também sociais, culturais, ideológicos e políticos⁵.

A densidade de relações, a velocidade e escala das interações e os fluxos mundiais de capital e produtos, têm criado uma sociedade aberta com maiores oportunidades de inovação e

² MARCEL TIMMER, “Mondiale Waardeketens en de Nieuwe Economie”, ESB, 2015.

³ PETER DICKEN, *Global Shift. Mapping the changing contours of the world economy*, Sage, 2015.

⁴ JOSHUA BARKAN, *Corporate Sovereignty. Law and Government under Capitalism*, University of Minnesota Press, 2013; PETER DICKEN, *op.cit.*, 2015.

⁵ STEPHEN WILKS, *The political power of the business corporation*. Edward Elgar, 2013; JOSHUA BARKAN, *op.cit.* 2015; DAVID CIEPLY, “Beyond Public and Private: “Toward a Political Theory of the Corporation”, in *American Political Science Review*, 11 (2), 2013, pp. 418-435.

mais prosperidade, bem-estar e liberdade para muitos cidadãos em todo o globo. Mas a sociedade aberta também tem um lado negativo: está ligada a novas e maiores oportunidades para comportamentos empresariais danosos que resultam em desigualdades, exploração e calamidades. A crise financeira global, diferentes formas de fraude empresarial, tal como aconteceu com a fraude da *Volkswagen Diesel* ou o caso *Libor*, perigos e manipulações alimentares, bem como danos ambientais tremendos que destroem ecossistemas e comunidades locais, tudo tem sido resultado de comportamentos empresariais irresponsáveis ou não éticos, ou diretamente de crimes das empresas⁶. Estes têm efeitos imprevisíveis na conectividade do sistema global. Os mecanismos de globalização, que criam oportunidades para crescimento e prosperidade, são os mesmos que acarretam danos, insegurança e injustiça.

O crescimento das empresas multinacionais e da economia global coloca, portanto, desafios novos e sem precedentes no tocante à regulação e controlo do comportamento empresarial. Uma das tensões mais importantes decorre do facto de que, à medida que as práticas empresariais se globalizam, o mesmo não sucede com as instituições públicas de regulação e aplicação das normas, que não se globalizam ao mesmo ritmo. As empresas multinacionais beneficiam de lacunas na regulação e podem procurar os regimes regulatórios mais favoráveis⁷. Outro problema decorre do facto de as tradicionais formas de aplicação das normas e das sanções, a partir do Estado-Nação, se revelarem progressivamente menos eficazes.

Agora que os Estados dependem cada vez mais das empresas multinacionais e do acesso aos mercados globais de modo a garantir a prosperidade económica, energia, segurança e capital, as autoridades públicas de supervisão têm que, tendencialmente, procurar um equilíbrio entre a importância de controlar e sancionar as empresas, e a estabilidade económica, emprego e competitividade nacional. Este equilíbrio é, frequentemente, feito em benefício da manutenção de boas relações com as empresas. Não apenas no sentido de que muitos Estados em vias de desenvolvimento exercem um controlo fraco ou meramente simbólico sobre o comércio, ou porque se envolvem em práticas colusivas e mesmo corruptivas entre Estado e empresas, mas também no sentido de que, em muitos Estados neoliberais com um clima pró-comércio, o potencial para as agências públicas de supervisão, nacionais e locais, exercerem um controlo significativo sobre as empresas multinacionais ou cadeias de valor globais se revela muito limitado.

Mesmo na grande parte dos Estados ocidentais, com exceção dos EUA, a acusação criminal das empresas é rara. Apesar de um crescente número de Estados ter disponíveis pesadas sanções administrativas e ter introduzido a responsabilidade criminal das empresas enquanto

⁶ *Corporate crime* no original – N.T.

⁷ MARIE-LAURE DJELIC e SIGRID QUACK, "Institutions and transnationalization", In: GREENWOOD ROYSTON, OLIVER, CHRISTINE, SUDDABY, ROY E SAHLIN-ANDERSSON, KERSTIN (Eds), *Sage Handbook on Organizational Institutionalism*, Sage, 2008; JOSHUA BARKAN, *op. cit.* 2015; STEPEHN WILKS, *op. cit.* 2013; WIM HUISMAN, *Business as usual? Corporate involvement in international crimes*, Eleven International Publishing, 2010.

instrumento legal, a prática revela uma ausência de capacidade de aplicação das normas, o custo dos procedimentos sancionatórios, bem como problemas de prova que resultam, as mais das vezes, numa aplicação branda ou mesmo inexistente das regras. Quando se logra impor sanções estas nunca são suficientemente severas para efetivamente impedir as multinacionais – algumas das quais apresentam volumes de negócios mais altos do que os PIB's de muitas nações⁸. Esta situação levou o autor americano Brandon Garrett a afirmar que as grandes empresas são, hoje em dia, não apenas “demasiado grandes para falhar”, mas também “demasiado grandes para aprisionar”⁹.

Ao mesmo tempo que declina o tradicional papel dos Estados nacionais como autoridades legislativas, regulatórias e de garantia de aplicação das normas, têm emergido alternativas ao controlo nacional dos Estados, sendo usualmente identificadas sob o termo “governança regulatória”. Pode-se identificar uma ampla variedade de terceiras partes que estão ou podem vir a exercer um papel na monitorização ou regulação das firmas comerciais¹⁰. A nível local, os cidadãos locais e as organizações de base podem ser envolvidos na proteção ambiental em casos de atividades empresariais que causam danos ao ambiente e que afetam diretamente as comunidades. Simultaneamente, quer consumidores que podem realizar boicotes, quer organizações de consumidores vigilantes, ONGs¹¹ e grupos de interesse, assim como os media, todos podem ter um papel na divulgação e denúncia de crimes ou comportamentos empresariais não éticos. Dentro das organizações, os indivíduos podem fazer soar o alarme sempre que testemunhem qualquer tipo de fraude empresarial, ainda que ativamente tenham participado na mesma. Simultaneamente, os indivíduos externos às organizações, tais como membros de organizações com relações profissionais com as empresas, sejam estes clientes comerciais ou fornecedores que colaboram na cadeia de fornecimento, podem ter um papel na monitorização ou regulação. A concorrência pode reportar fraudes caso delas suspeite, em nome do interesse do nivelamento da competição e da boa reputação do sector comercial e, do mesmo modo, os bancos e os fundos de pensões crescentemente monitorizam os aspetos éticos das atividades comerciais nas quais investem. Para as companhias de seguros existe um interesse financeiro direto na prevenção de atividades empresariais que causem efeitos externos negativos, considerando que serão aquelas que, muitas vezes, são responsáveis pelo pagamento de danos. Finalmente, as firmas profissionais de monitorização e auditoria, tais como organismos de certificação, contabilistas, inspetores tributários, assessores e consultores jurídicos, podem todos eles ser responsáveis pelo controlo e prevenção privados da fraude no comércio. Cada vez mais,

⁸ DAVID KORTEN, *When Corporations Rule the World*, Berrett-Koehler Publishers, 1995; NOREENA HERTZ, *The Silent Takeover*, Heinemann, 2001.

⁹ “Too big to fail, too big to jail” no original – N.T.

BRANDON L. GARRET, *Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations*, Harvard University Press, 2014. Ver também RENA STEINZOR, *Why not jail? Industrial catastrophes, corporate malfeasance and government inaction*, Cambridge University Press, 2015; SUSAN WILL, STEPHEN HANDELMAN e DAVID C. BROTHERTON, *How they got away with it: white collar criminals and the financial meltdown*, Columbia University Press, 2013.

¹⁰ IAN AYRES e JOHN BRAITHWAITE, *Responsive Regulation. Transcending the deregulation debate*, Oxford University Press, 1992; ALBERTO ALLEMANNNO, “Stakeholder Engagement in regulatory policy”, in a *Reader's companion to the OECD Regulatory Policy Outlook*, OECD, 2015.

¹¹ ONG: organizações não governamentais – N.T.

estes atores têm o dever de reportar sempre que observem ou suspeitem de fraudes, ou sempre que observem sinais de atividades invulgares. Mesmo sem estes deveres legais, podem tornar-se mais cientes da sua responsabilidade social na denúncia voluntária de atividades comerciais suspeitas.

Estes diferentes atores podem realizar vários papéis no controlo social das empresas. São terceiros que podem apoiar na deteção, denúncia ou divulgação de comportamento empresarial danoso, mas podem também participar em atividades regulatórias e preventivas, tais como exercer pressão social ou de mercado nas firmas para que invistam em medidas de conformidade, consultoria, educação, criação de standards e *benchmarking*, de modo a contribuir para a profissionalização e melhoria de qualidade da monitorização e controlo interno. Ou podem participar no sancionamento impondo “sanções reputacionais” ou outras “sanções” privadas que se venham somar às multas públicas, de modo a aumentar o efeito dissuasor das penas públicas, como seja o exemplo do “*naming and shaming*”¹² através de campanhas mediáticas.

Uma multiplicidade de iniciativas políticas nacionais, europeias e internacionais reconhece, atualmente, a necessidade do envolvimento dos atores privados na regulação do comércio. Recentemente, as *Better Regulation Guidelines* da UE, o relatório *Regulatory Policy Outlook* da OCDE (2015), os *Best Practice Principles for Regulatory Enforcement and Inspections* da OCDE (2014), o Comité Económico e Social da UE e o Banco Mundial, vieram propor o estímulo à regulação privada, bem como ao envolvimento dos *stakeholders* e da sociedade civil na regulação do comércio. No entanto, não é ainda claro o papel exato dos atores privados na monitorização das empresas, particularmente em contexto multinacional, nem até que ponto estas novas formas de controlo, mais fragmentadas, servem como contrapoderes ao poder empresarial, adicionando-se ou mesmo substituindo-se ao Estado de Direito na proteção do interesse público¹³. Além disso, está ainda por determinar de que modo os organismos reguladores públicos podem fazer melhor uso ou estimular o campo de forças do controlo privado. Falta ainda saber o que tal significará para a organização da regulação e aplicação das normas por parte do poder público.

O restante deste artigo esclarece estas questões, discutindo três exemplos de formas pelas quais os atores privados podem ser envolvidos na regulação e controlo das empresas multinacionais através da denúncia, aplicação da lei ou regulação do comportamento das empresas. A secção 3 discute o papel dos atores privados na denúncia e deteção dos crimes das empresas, bem como as várias formas pelas quais as autoridades públicas de aplicação da lei podem estimular partes terceiras a enviar informação, sinais e indícios. A secção 4 discute o potencial, mas também as limitações, da aplicação da lei pelos privados através da litigância civil e das sanções “reputacionais” que se somam ou que substituem a aplicação da

¹² “Nomear e envergonhar” quando traduzido literalmente. São práticas que consistem em identificar e responsabilizar publicamente os infratores – N.T.

¹³ FRANS VAN WAARDEN e KEES VAN KERSBERGEN, ““Governance” as a Bridge between Disciplines. Cross-Disciplinary Inspiration regarding Shifts in Governance and Problems of Governability, Accountability, and Legitimacy”, in *European journal of political research*, 43, 2004, pp. 143 – 171.

lei. A secção 5 discute a capacidade de regulação por parte dos atores privados, suas limitações e condições para uma efetiva regulação público-privada. Estas secções usam, maioritariamente exemplos do papel dos atores privados na proteção ambiental. A secção 6 irá sintetizar os argumentos avançados.

3. O papel dos atores privados na denúncia e deteção de danos ambientais causados pelas empresas

A crescente globalização e complexidade técnica dos processos industriais, juntamente com a diminuição de orçamentos, capacidade de inspeção e expertise científica das autoridades de regulação, conduz a uma monitorização menos rigorosa das empresas por parte das autoridades públicas, associada ao risco crescente de não deteção das infrações cometidas pelas empresas. Por isso, o papel dos privados na deteção, denúncia e revelação das infrações das empresas é de crescente importância. Funcionários, clientes, concorrentes, colaboradores e habitantes de comunidades locais, todos mantêm relações com empresas, o que lhes permite observar sinais de infrações ou outros comportamentos danosos. O conhecimento aportado por estes indivíduos infiltrados, ou externos mas próximos às empresas, pode ser muito valioso para o trabalho de deteção. A literatura e a prática reconhece a importância dos delatores¹⁴ na descoberta de crimes das empresas e consequente denúncia às autoridades. No entanto, os delatores são também confrontados com duros obstáculos. Poderão, com alguma probabilidade, perder o seu trabalho e ter dificuldades na procura de novo emprego, podendo ainda deparar-se com o risco de exclusão social e de retaliação por parte de antigos colegas ou da sua comunidade profissional. De modo a estimular os delatores a ultrapassar estes obstáculos, algumas jurisdições vieram introduzir sistemas de recompensas. Particularmente nos EUA, o *Dodd Frank Act* dá aos delatores o direito de obter 10% a 30% dos fundos recuperados caso a investigação iniciada pela denúncia resulte numa multa de 1.000.000 de dólares americanos, ou mais. Recompensas semelhantes existem também ao abrigo do *False Claims Acts* de 2010, nos EUA¹⁵.

No entanto, apesar destes incentivos, os delatores ainda se arriscam a uma autoincriminação e acusação. Em 2016, um banqueiro suíço, tendo denunciado que o *HSBC Private Bank Suisse* continuava a oferecer serviços a clientes relacionados com tráfico de armas, diamantes de sangue e subornos (caso conhecido como *Swissleaks*), foi punido na Suíça com uma pena de prisão de 5 anos. Nos EUA, o banqueiro da *UBS*, Bradley Birkenfeld, que havia revelado que a *UBS* auxiliava clientes norte-americanos a fugir aos impostos na Suíça,

¹⁴ "Whistleblowers" no original – N.T.

¹⁵ DAVID LEWIS, TOM DEVINE e PAUL HARPUR, "The key to protection: civil and employment law remedies", in BROWN, A.J., LEWIS, DAVID, MOBERLY, R.E. E VANDEKERCKHOVE, WIM (Eds.), *International Handbook on Whistleblowing Research*. Cheltenham, Glos, UK: Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 350-381.

também cumpriu pena de prisão. O facto de ter sido recompensado com 104 milhões de dólares 6 semanas após a sua libertação ilustra bem a ambivalência atual no modo como se lida com delatores.

Os problemas ainda hoje associados aos delatores provenientes das organizações, e na medida em que reportam fraudes empresariais ou outras atividades danosas, chama a atenção para o potencial de uma outra figura, os denunciante externos, nomeadamente as partes que mantêm relações profissionais com a organização (aleadamente) infratora e podem, por isso, testemunhar essas infrações. Foi sugerido para esta categoria o termo “*bellringers*”, permitindo-se a distinção face aos delatores¹⁶. Estes denunciante externos podem possuir informação e indícios de infrações equivalentes às informações dos delatores, mas tenderão a sofrer menos efeitos negativos pela denúncia e, por isso mesmo, ter maior disponibilidade para denunciar. Podem, deste modo, ser uma fonte de informação particularmente valiosa para a inspeção pública. Por exemplo, a fraude dos automóveis *Volkswagen Diesel* foi denunciada à EPA¹⁷ pelo Centro de Investigação para Combustíveis, Motores e Emissões Alternativos, da Universidade de West Virginia¹⁸. Enquanto as autoridades públicas se limitavam a inspeccionar as emissões diesel em laboratório, o projeto de investigação realizado por estes académicos mediou também as emissões em estrada, detetando deste modo a discrepância entre os resultados dos testes em laboratório e em estrada. Existem ainda exemplos de grupos ambientalistas que, ativamente, recolhem dados sobre (alegadas) infrações ambientais, denunciando-as. Exemplo é a *Blackfish Foundation*, uma “rede de inspeção cidadã” que treina voluntários para monitorizar a pesca ilegal nos portos europeus. Estes inspetores cidadãos visitam os portos e, por vezes, realizam patrulhas costeiras de modo a observar a pesca furtiva, captura acidental ou a pesca de peixes demasiado pequenos ou jovens, monitorizando as dimensões das malhas de captura e o uso de redes ilegais, como sejam as redes de arrasto. Reúnem indícios e apresentam-nos às autoridades locais e internacionais de modo a estimular uma aplicação mais rigorosa da lei e dar início à acusação¹⁹. ONGs como esta podem ser especialmente úteis na monitorização do cumprimento da lei em países onde a inspeção estatal e a respetiva capacidade de aplicação da lei é limitada (tal como sucede com a pesca excessiva) ou está refém das relações com as empresas. Um exemplo deste último caso, é o trabalho da ONG *Global Witness*, especializada em ações encobertas para reunir indícios e revelar a exploração ilegal dos recursos naturais, tais como nas indústrias do petróleo, gás, exploração de minérios e de madeiras nas economias em desenvolvimento²⁰.

¹⁶ MARCIA MICELI, SUELETTE DREYFUS e JANET P. NEAR, “Outsider ‘whistleblowers’: Conceptualizing and distinguishing ‘bell-ringing’ behavior”. In BROWN, A.J., LEWIS, DAVID, MOBERLY, R. & VANDEKERCKHOVE, WIM. (Eds.). *International Handbook on Whistleblowing Research*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 71-94.

¹⁷ Environmental Protection Agency, nos EUA.

¹⁸ GREGORY J. THOMPSON, DANIEL K. CARDER, MARC C. BESCH, ARVIND THIRUVENGADAM e HEMANTH K .KAPPANNA, in “Use Emissions Testing of Light-Duty Diesel Vehicles in the United States, Center for Alternative Fuels”, *Engines & Emissions*, 2014.

¹⁹ <http://theblackfish.org/cin/investigations/>.

²⁰ <https://www.globalwitness.org/en/>.

De modo a receber informação dos atores privados, várias entidades fiscalizadoras ativamente solicitam pistas, suspeitas e denúncias de entidades externas, muitas vezes através de portais web especializados e de centros de denúncias. Aqui se incluem exemplos como o portal da fraude do *Security Exchange Commission* dos EUA²¹, o portal de denúncias da norte-americana EPA, o website de denúncias da *British Food Standards Agency*, e o website do Gabinete de Fraude da EU, OLAF²². A tecnologia pode ainda ser usada para facilitar este processo de denúncia. Na Holanda, a Alfândega introduziu uma aplicação para telemóveis, a *Excise tax app*, que fornece não apenas informação acerca de produtos sujeitos a impostos *Excise* mas permite ainda que quem observe a existência de pontos de venda ilícitos de álcool ou cigarros o possa reportar imediatamente. De forma idêntica, a inspeção para a Saúde e Segurança desenvolveu uma *app* para denúncia de situações de remoção não autorizada e ilegal de amianto. As empresas profissionais de remoção de amianto, que muitas vezes testemunham a remoção sem licença realizada pela concorrência menos profissional, podem usar esta *app* para reportar estes incidentes à inspeção²³.

Apps semelhantes têm sido desenvolvidas convidando os cidadãos a contactar as autoridades em situações menos óbvias. Em países onde a corrupção abunda, existem *apps* anticorrupção que permitem aos cidadãos denunciar anonimamente todas as situações em que foram obrigados a pagar subornos²⁴. O ministro chinês para o ambiente criou a *app black smelly waters*, que convida os cidadãos a denunciar os locais e enviar imagens de rios e cursos de água poluídos, de modo a permitir ao governo catalogar e eventualmente limpar essas águas. Nos primeiros 5 meses do projeto, foram reportados pelos cidadãos mais de 1300 locais. Resta ainda saber, obviamente, até que ponto estas *apps* são capazes de introduzir alterações no contexto de regimes autoritários ou não democráticos. Por exemplo, antes de criar a mencionada *app black smelly waters*, o governo chinês deteve vários ativistas que haviam criado registos online de águas poluídas - uma situação que mostra algum paralelismo com a condenação dos delatores em muitos países ocidentais. Quando não existe certeza de que o governo irá agir sobre as denúncias e não sobre os denunciadores, torna-se improvável que os cidadãos estejam disponíveis para reportar situações.

Abrir os processos de inspeção a indícios e denúncias de indivíduos externos implica, portanto, uma atitude diferente por parte das autoridades reguladoras. Estas podem ver desafiados os seus procedimentos operacionais tradicionais. Por exemplo, podem-se deparar com uma quantidade de denúncias tão grande que não as consigam processar, ou com denúncias de tal modo graves que exigem investigações longas e morosas para as quais estas autoridades não têm capacidade. O que é pior, as denúncias podem deixar a

²¹ Correspondente, em Portugal, à CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários – N.T.

²² European Anti-Fraud Office.

²³ JUDITH G. VAN ERP e K. LOYENS, "Motivations for reporting organizational misconduct by professional bystanders", Working Paper, 2016.

²⁴ Alguns exemplos:

- <https://play.google.com/store/apps/details?id=com.asb.anticorruptionapp&hl=nl>.

- <http://www.ibtimes.com/china-unveils-anti-corruption-app-asks-public-upload-pictures-corrupt-officials-1972563>

- <https://www.theguardian.com/world/2016/jun/22/black-smelly-citizens-clean-chinas-polluted-rivers>

descoberto incidentes que não tinham sido detetados pelas autoridades, ou que haviam sido simplesmente ignorados, deixando-as comprometidas com a situação ou pondo em risco as relações existentes entre o Estado e as empresas. Tal pode fazer diminuir a disponibilidade destas autoridades na investigação das denúncias²⁵. Estas hipóteses revelam que a deteção é não apenas uma matéria de organização e tecnologia mas também de processos políticos, e que o sucesso de denúncias a convite das autoridades públicas depende, ao menos em parte, da capacidade de resposta das autoridades públicas ao seu ambiente²⁶. Especialmente em países onde hajam relações próximas entre Estado e empresas, a informação eventualmente denunciada por particulares pode, por isso, não ser bem-vinda. Tal foi evidente quando a República Democrática do Congo (RDC) deteve e expulsou dois membros da já mencionada ONG *Global Witness*, que visitavam legalmente o país para monitorizar o cumprimento da legislação nacional da RDC por parte das empresas madeireiras²⁷.

À luz das reações ambivalentes a delatores e a denunciadores externos, por parte das autoridades estatais e do respetivo ambiente, não surpreende que iniciativas alternativas para a revelação de más práticas das empresas se desenvolvam de modo independente face às autoridades estatais. De modo relevante e, de novo, através da facilitação permitida pela tecnologia, as várias plataformas existentes na internet para denúncias anónimas podem ser consideradas revolucionárias no modo como os Estados e os cidadãos interagem. O *International Consortium for Investigative Journalists* (ICIJ) aloja um servidor encriptado *SecureDrop* que permite que delatores divulguem documentos, assegurando a total proteção da sua identidade. O objetivo é o de revelar "atividades importantes de governos e empresas que poderiam, de outro modo, não ser detetadas"²⁸. O ICIJ tem sido particularmente importante na revelação de situações de evasão fiscal. Em 2014, revelou centenas de acordos tributários secretos entre a Agência Fiscal do Luxemburgo e multinacionais como *Ikea*, *Apple* e *Starbucks*, identificando os seus baixos pagamentos de impostos. Este escândalo, conhecido como "Luxleaks"²⁹, foi seguido por um outro, o "Swissleaks"³⁰ e, em Abril de 2016, o ICIJ publicou os "Panama Papers" com alegações semelhantes e tendo por base as atividades da agência Mosack Fonseca³¹.

A força de plataformas de denúncias como estas decorre não apenas do facto de serem mais atraentes para delatores e denunciadores externos, por comparação com a denúncia às autoridades públicas na medida em que limitam o risco de autoincriminação ou perda de anonimato, mas também porque têm uma escala global e encorajam a revelação de práticas não éticas ou danosas na relação entre Estado e empresas. A evasão fiscal, por exemplo,

²⁵ NANCY REICHMAN, "Getting our attention", in *Criminology & Public Policy*, 9, (3), 2010, pp. 483-491; JULIEN ETIENNE, "The politics of detection in business regulation", in *Journal of Public Administration and Theory*, 25 (1), 2014, pp. 257-284.

²⁶ HENK VAN DE BUNT, "Walls of secrecy and silence", in *Criminology & Public Policy*, 9, (3) 2010, pp. 435-453.

²⁷ <https://www.globalwitness.org/en/press-releases/global-witness-employees-expelled-drc-under-false-allegations/>.

²⁸ <https://www.icij.org/securedrop>.

²⁹ <https://www.icij.org/project/luxembourg-leaks>.

³⁰ <https://www.icij.org/project/swiss-leaks>.

³¹ <https://panamapapers.icij.org/>.

não é senão um exemplo típico daquilo que o criminólogo Nikos Passas³² refere como comportamento das empresas que é "lawful but awful"³³. Considerando que a evasão fiscal fica de fora dos esforços regulatórios e que muitas formas de evasão fiscal são até ativamente facilitadas pelos Estados, denunciar às autoridades públicas não fará sentido. Nos casos de evasão fiscal recentemente descobertos, a revelação pelos media, seguida do escândalo público e dano "reputacional" para os indivíduos e negócios envolvidos, bem como para as instituições estatais que facilitaram as vantagens fiscais para uma elite abastada, tudo espoletou, no final, uma legislação mais rigorosa.

Este exemplo demonstra bem a força dos atores privados no contributo para o controlo do comportamento empresarial não ético, até porque anteriores chamadas de atenção e protestos contra a evasão fiscal não haviam sido capazes de impor mudanças legislativas. Simultaneamente, mostra a contínua necessidade de legislação internacional, europeia e estatal que realmente aplique uma alteração às práticas tributárias: é a combinação entre regulação pública e privada que aqui se torna crucial.

4. A aplicação privada da lei através de ações de responsabilidade civil ou de sanções extralegais

As empresas, enquanto entidades maximizadoras de lucro, necessitam geralmente de incentivos para cumprir as regras sobre o interesse público. A aplicação das leis e das sanções pelas autoridades estatais fornece, tradicionalmente, uma "hierarquia sombra"³⁴ que é condição necessária para a conformidade (mais ou menos voluntária) por parte das empresas. Noutra parte deste artigo, referi uma multiplicidade de razões pelas quais o impacto das sanções públicas e da aplicação estatal da lei se tem tornado menos eficaz contra as empresas multinacionais. Sintetizando: as instalações para produção estão, não raro, localizadas em Estados que têm atitudes benévolas face às empresas multinacionais devido a legislação menos rigorosa. Acresce que, para essa mesma função, as agências públicas de aplicação da lei têm capacidades e expertise limitadas, verificando-se uma ampla dependência do Estado face às empresas multinacionais – explicitamente através da corrupção ou, implicitamente, através de situações de dependência económica. Além disso, a globalização aumenta a possibilidade de as atividades comerciais encontrarem lacunas legais que lhes permitem contornar a lei. Se e quando se impõem sanções legais estas têm, muitas vezes, efeitos dissuasores limitados perante o poder económico das empresas e podem, frequentemente, ser contestadas através de recursos em tribunal. Em suma, em contextos globalizados, a "hierarquia sombra" que serviria de incentivo para obrigar as firmas a cumprir as regulações está, muitas vezes, ausente.

³² NIKOS PASSAS, "Lawful but awful: 'Legal corporate crimes'", in *The Journal of Socio-economics*, 34 (6), 2005, pp. 771-786.

³³ "legal mas horrível" seria a tradução literal – N.T.

³⁴ "shadow hierarchy" no original – N.T.

O enfraquecido impacto das sanções públicas aumenta a necessidade de se procurarem alternativas à aplicação pública da lei. Existem provas de que a ameaça extralegal de punição, tal como publicidade negativa, sanções “reputacionais”, pressão dos acionistas ou sanções na cadeia de produção, dissuade e previne melhor a fraude no comércio, por comparação com as sanções legais. Aquelas podem ser particularmente poderosas nos mercados globais. Na ausência de uma “hierarquia sombra” por parte do Estado-Nação, a globalização permite a emergência de *equivalentes* funcionais à legislação e aplicação da lei pelo Estado³⁵. Primeiramente, os governos estrangeiros ou outros atores podem providenciar uma “hierarquia sombra externa” usando as instituições estatais existentes, incluindo tribunais, para fazer aplicar as normas e regras (inter)nacionais. A lei penal nacional, bem como as normas sobre responsabilidade civil, pode oferecer várias possibilidades para responsabilizar as empresas multinacionais com sede legal em estados ocidentais, por violações dos direitos humanos em países em vias de desenvolvimento.

O *Alien Torts Claims Act*, nos EUA, é o exemplo perfeito. Este garante a jurisdição dos tribunais federais norte-americanos em ações decorrentes da infração, em qualquer parte do mundo pelos EUA, de leis nacionais ou internacionais, incluindo violações aos direitos humanos por empresas e na condição de que estas violações estejam relacionadas com o território norte-americano³⁶. Mas o impacto efetivo destes casos não pode ser sobrevalorizado, pois permanecem excepcionais. A acusação acontece apenas quando a empresa multinacional-mãe tenha sede num estado democrático industrializado. Em todos os outros casos, não existe atualmente possibilidade legal para que as agências nacionais de aplicação da lei possam exigir o cumprimento dos standards em torno dos direitos humanos. Além disso, os serviços nacionais do Ministério Público podem ter pouco incentivo para devotar a sua limitada capacidade de aplicação da lei a casos transnacionais complexos. Interessante é o facto de que, quando os casos chegam a tribunal, tal acontece na forma de ações de responsabilidade civil iniciadas por atores privados, como sejam ONGs internacionais ou escritórios internacionais de litigância especializados em direitos humanos e em representação das vítimas que vêm reivindicar indemnizações por danos. Por exemplo, as vítimas costa-marfinenses do derramamento de lixos tóxicos pelo navio *Probo-Koala*, que operava para o comerciante de mercadorias *Trafigura*, vêm reclamar indemnizações num processo de responsabilidade civil que decorre no tribunal de Amesterdão. Apesar de a *Trafigura* ser uma empresa francesa, tem a sua sede na Holanda³⁷.

O exemplo das vítimas costa-marfinenses que, num tribunal holandês, exigem indemnizações contra uma empresa francesa, revela bem de que modo a globalização oferece oportunidades para que seja usado o instrumento legal tradicional da

³⁵ TANJA A. BÖRZEL e THOMAS RISSE, “Governance without a state: Can it work?”, in *Regulation & Governance*, 4 (2), 2010, pp. 113-134; TANJA A. BÖRZEL e THOMAS RISSE, “Dysfunctional state institutions, trust, and governance in areas of limited statehood”, in *Regulation & Governance*, 10 (2), 2015, pp. 149-160.

³⁶ A interpretação deste pressuposto, relação da empresa ou da infração com os EUA, está atualmente em debate.

³⁷ KARIN VAN WINGERDE, “The limits of environmental regulation in a globalized economy. Lessons from the Probo Koala case.” in ERP, JUDITH G. VAN, & HUISMAN, WIM (Eds.), *Routledge Handbook of White-Collar and Corporate Crime in Europe*, Routledge, 2015, pp. 260-27.

responsabilidade civil no controlo das empresas globais³⁸. Mas, de novo, deve ficar claro que o impacto destes processos, à luz dos pesados danos causados pelas empresas, é muito limitado. Os processos de responsabilidade civil têm muitos obstáculos práticos para as vítimas, pois exigem acesso a recursos legais e de investigação que estão fora do seu alcance para muitos indivíduos. A estes, somam-se ainda as dificuldades do ónus da prova³⁹.

Mesmo quando as indemnizações são concedidas, existem problemas de aplicação da lei: um processo judicial anterior contra a *Trafigura* com desfecho positivo para as vítimas, nunca se materializou numa compensação devido a uma ação fraudulenta sobre as verbas, confirmada pelo Tribunal Superior da Costa do Marfim. O advogado das vítimas, Leigh Day, que alegou em tribunal que as verbas haviam sido “atacadas por uma decisão judicial corrupta”, foi considerado culpado por negligência por infração ao seu dever de cuidado, dado que o escritório deveria ter pesado o risco de existir um processo desonesto e corrupto. Neste caso, ironicamente, o escritório que pretendeu defender os direitos das vítimas de danos ambientais transnacionais foi considerado culpado de negligenciar esses mesmos direitos e os mecanismos legais disponíveis para exigir compensação para as vítimas são, agora, usados contra essas mesmas vítimas. Noutras palavras, apesar de a aplicação da lei, a nível transnacional e privado, ser considerada uma alternativa à “sombra do Estado”⁴⁰, depende ainda assim, em muitos aspetos, dessa mesma sombra. Razão pela qual a sua aplicação efetiva é muitas vezes imprevisível, para dizer o mínimo.

Muito mais do que a compensação direta às vítimas, os processos de cumprimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos podem vir a ter um efeito dissuasor nas empresas multinacionais. Neste ponto, o receio de processos legais contra a empresa multinacional no país de origem, muitas vezes acompanhados por publicidade a favor da vítima, pode ter impactos negativos na reputação da empresa multinacional. E tal deve ser considerado um fator importante, independentemente do resultado do processo judicial. Algumas ONG’s internacionais apoiam as vítimas na ativação dos seus direitos e, cientes disso, selecionam estrategicamente casos na expectativa de ter impacto na opinião pública e, eventualmente, na criação de legislação mais rigorosa. Ou procurando impor pressões sobre as empresas multinacionais que as leve a alterar as suas práticas de modo a evitar a publicidade negativa.

A ameaça de danos “reputacionais” é, frequentemente, considerada um elemento fortemente dissuasor que pode reforçar ou mesmo substituir as sanções legais. Börzel e Risse⁴¹, para a “hierarquia sombra externa” usualmente invocada pela ameaça da aplicação, privada ou

³⁸ LIESBETH ENNEKING, “The Future of Foreign Direct Liability? Exploring the International Relevance of the Dutch Shell Nigeria Case”, in *Utrecht Law Review*, 10 (1), 2014, pp. 44-54. Ver também TANJA A. BÖRZEL e THOMAS RISSE, op. cit., 2010 e 2015.

³⁹ LIESBETH ENNEKING, FRANÇOIS KRISTEN, KINANYA PIJL, TJALLING WATERBOLK, JESSY EMAUS, MARJOSSE HIEL, ANNE-JETSKE SCHAAP e IVO GIESEN, “Zorgplichten van Nederlandse ondernemingen inzake internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen. Een rechtsvergelijkend en empirisch onderzoek naar de stand van het Nederlands recht in het licht van de UN Guiding Principles”. In *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law*, Boom Juridische Uitgevers, 2016; MATTHEW HALL, *Victims of Environmental Harm: Rights, Recognition and Redress under National and International Law*, Routledge 2013.

⁴⁰ “shadow of the state” no original – N.T.

⁴¹ TANJA A. BÖRZEL e THOMAS RISSE, op. cit., 2010 e 2015.

pública, da lei em Estados estrangeiros, distinguem uma segunda forma de controlo social possibilitada pela globalização: a sombra dos mercados estrangeiros. Os mercados estrangeiros podem lançar essa sombra sempre que os consumidores nos mercados domésticos reajam a violações dos direitos humanos nos países produtores, quando imputáveis a empresas multinacionais. Por outras palavras, as firmas que violem direitos humanos ou regras ambientais, ainda que se tratem mais de regras sociais do que legais, enfrentam uma desvantagem competitiva. Como resultado, vão-se traduzindo para o Sul Global os standards ambientais e de direitos humanos desenvolvidos nos países do Norte Global. Este processo é estimulado por campanhas publicitárias e por práticas de "*naming and shaming*" levadas a cabo por ONGs de defesa do ambiente e dos direitos humanos.

Ainda que estas campanhas raramente resultem em boicotes efetivos por parte dos consumidores, ou sequer quedas efetivas no volume de negócios, a investigação sugere que a ameaça de dano "reputacional" pode ter um efeito independente. Isto porque alerta os investidores, trabalhadores, sindicatos, acionistas e media, gerando deste modo mais pressão indireta sobre as multinacionais para que adaptem os seus processos de produção, ou para que mantenham os seus concessionários sob apertado escrutínio⁴². O "*naming and shaming*" pode tornar-se, hoje em dia, uma ferramenta ainda mais poderosa na medida em que a internet ou os media sociais permitem que os cidadãos e as ONGs publicitem o comportamento danoso das empresas a uma velocidade e níveis de exposição sem precedentes. Nunca antes os problemas locais se tornaram visíveis à escala global⁴³.

Para além das práticas das ONGs de "*naming e shaming*" de atividades que causem dano ao ambiente ou ponham em causa os direitos humanos em Estados em vias de desenvolvimento, os governos do Norte Global podem estimular processos de pressão "reputacional". Deste modo, exigem legalmente que o comércio seja transparente quanto às políticas de direitos humanos, ou que divulgue informação acerca do cumprimento e aplicação das normas ou resultados de inspeções, por parte das empresas que assim veem o seu nome publicitado. A disponibilidade de informação sobre a performance da responsabilidade social empresarial (RSE) é uma condição importante para a eficácia da regulação "reputacional" e, deste modo, em vez de intervir diretamente nos processos comerciais, pode a legislação estimular a revelação desta informação ao mercado.

Um exemplo europeu é a recente diretiva que exige que as grandes empresas incluam nos seus relatórios anuais uma declaração sobre as suas políticas de proteção do ambiente, direitos humanos, direitos dos trabalhadores, bem como políticas anticorrupção e anti-suborno⁴⁴. Esta política "cumpra ou explica" serve não apenas para expor aos acionistas e

⁴² JUDITH G. VAN ERP, "Messy business, Media representations of administrative sanctions for corporate offenders", in *Law & Policy*, 35, 2013, pp. 109-139; ALBERT MEIJER, "Transparency", in BOVENS, MARK, GOODIN, ROBERT E. e SCHILLEMANS, THOMAS (Eds.), *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford University Press, 2014.

⁴³ EDDIE RICH e JONAS MOBERG, *Beyond Governments: Making Collective Government Work - Lessons from the Extractive Industries Transparency Initiative*, Greenleaf Publishing, 2015.

⁴⁴ DIRETIVA 2014/95/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 22 de outubro de 2014 que altera a Diretiva 2013/34/UE no que se refere à divulgação de informações não financeiras e de informações sobre a

investidores as companhias que devotam menor atenção à responsabilidade social empresarial, como pode ainda servir de marco de referência na educação das empresas quanto a outras políticas SER. Estimula-se, deste modo, uma “corrida aos primeiros lugares”⁴⁵. Esta divulgação pode, na realidade, ser mais preventiva do que o “*naming and shaming*” após o facto, dado que estimula todas as empresas a melhorar as suas políticas e não incide apenas sobre aquelas que cometeram qualquer infração.

Alguns autores⁴⁶ registaram uma “transparency turn”, especialmente na governação⁴⁷ ambiental, com um amplo leque de formas de divulgação de informação, quer voluntárias quer obrigatórias. Tal divulgação impõe-se do Estado para os públicos, entre Estados, das empresas para os públicos, e das empresas para os Estados. Rich e Moberg⁴⁸, baseando-se na iniciativa *Extractive Industries Transparency*⁴⁹, que promove a divulgação dos pagamentos realizados pelas empresas mineiras em países com extração mineira, registaram que a divulgação visa já não apenas o fornecimento de dados mas a plena responsabilização das empresas *por esses dados*, usando-os de modo relevante. No entanto, e ainda que a transparência abra espaço para formas de controlo por parte dos atores privados, não existe qualquer garantia de que o controlo efetivo venha a acontecer, nem que as empresas sejam sensíveis ao mesmo⁵⁰ (Van Erp, 2013; Gupta e Mason, 2014; Van Wingerde, 2015).

A diminuição do impacto dissuasor da aplicação nacional das leis implica a necessidade de se desenvolver um melhor entendimento das exatas condições e mecanismos através das quais a ameaça de dano “reputacional” pode resultar em efetiva alteração de comportamentos, e não apenas em alterações de fachada.

5. Regulação privada

Os mercados neoliberais são frequentemente associados a desregulação e ausência de controlo. Mas este é um mal-entendido acerca do tipo de controlo exercido nos mercados modernos: os mercados contemporâneos, e particularmente os mercados globais, são profundamente regulados, ainda que apenas parte dessa regulação provenha do Estado. Na realidade, grande parte da atividade reguladora é realizada por serviços privados de

diversidade por parte de certas grandes empresas e grupos: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0095&from=EN>.

⁴⁵ “Race to the top” no original – N.T.

JUDITH G. VAN ERP, “*Naming without shaming: the publication of sanctions in the Dutch financial market*”, in *Regulation & Governance*, 5 (3), 2011, pp. 287- 308.

⁴⁶ AARTI GUPTA e MICHAEL MASON, “A Transparency Turn in Global Environmental Governance”, in Gupta, AARTI, and Mason, MICHAEL (Eds.), *Transparency in Global Environmental Governance, Critical Perspectives*, MIT Press, Cambridge, 2014.

⁴⁷ “Governance” no original – N.T.

⁴⁸ EDDIE RICH e JONAS MOBERG, *Beyond Governments: Making Collective Government Work - Lessons from the Extractive Industries Transparency Initiative*, Greenleaf Publishing, 2015.

⁴⁹ <https://eiti.org/>.

⁵⁰ JUDITH G. VAN ERP, *op. cit.*, 2013, AARTI GUPTA e MICHAEL MASON, *op. cit.*, 2014, e KARIN VAN WINGERDE, *op. cit.*, 2015.

regulação⁵¹. A advogada britânica Julia Black afirmava: “Se a ‘regulação’ se mantém um conceito inerentemente ligado ao Estado, quando a tentamos analisar encontramos formas contemporâneas de regular que são difíceis de entender, se de todo as reconhecermos”⁵² (p. 17).

As atividades regulatórias privadas podem consistir na criação de regras e de “soft law” tais como códigos de conduta e standards, bem como na monitorização da adesão a estas regras. É o que sucede com algumas agências de certificação, contabilistas, ou agências de notação de crédito⁵³, seguradoras e ONGs. Estas formas de regulação privada podem existir em aliança com a legislação nacional, como uma forma de implementação, ou somar-se à legislação nacional de modo a induzir um comportamento “para lá do cumprimento”.

A regulação privada tem vários benefícios, por comparação com a regulação pública. Primeiro, os reguladores privados operam para além de fronteiras nacionais, muitas vezes a nível internacional e implementando normas internacionais. O que lhes permite estar em melhor posição para ter um papel significativo nos mercados globais e nas cadeias de valor internacional, por comparação com os reguladores públicos. Segundo, detêm uma específica expertise e, por vezes, têm melhor capacidade de monitorizar processos industriais complexos. Em terceiro lugar, as empresas têm mais incentivos para cumprir com os standards privados dado que esta adesão gera, muitas vezes, vantagens competitivas⁵⁴. Finalmente, a regulação privada pode operar muito mais rapidamente do que a legislação estatal e é, por isso, mais capaz de estar a par das inovações e desenvolvimentos tecnológicos⁵⁵. A regulação privada pode, deste modo, ultrapassar algumas das limitações da regulação pública dos mercados globais.

Mas a crescente importância dos reguladores privados na economia global deve ainda alertar para incidentes que revelam a ineficácia da regulação privada na prevenção de grandes escândalos empresariais, ou que serviram mesmo como fachada. Por exemplo, as taxas de emissões da *Volkswagen Diesel* eram determinadas por companhias privadas de testes. A *Volkswagen* obteve pontuações positivas nas agências de *ranking* “reputacional”, devido à sua sustentabilidade e performance na RSE⁵⁶. O que coloca questões sérias acerca da efetiva monitorização e aplicação de normas privadas, tal como é realizada pelos reguladores privados, bem como acerca das condições nas quais a regulação privada é significativa ou, pelo contrário, não é mais do que um ritual.

⁵¹ DAVID LEVI-FAUR, *op. cit.*, 2013; JOHN BRAITHWAITE e PETER DRAHOS, *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, 2000.

⁵² JULIA BLACK, “Critical Reflections on Regulation”, in *Australian Journal of Legal Philosophy*, 27, 2002, pp. 1-35. Ver também LINDA SENDEN, FABRIZIO CAFAGGI e COLIN SCOTT, *The Challenge of Transnational Private Regulation. Conceptual and Constitutional Debates*, Wiley-Blackwell, 2011.

⁵³ AHMED NACIRI, *Credit Rating Governance: Global Credit Gatekeepers*, Routledge, 2015.

⁵⁴ HAMISH VAN DER VEN, “Correlates of rigorous and credible transnational governance: A cross-sectoral analysis of best practice compliance in eco-labeling”, in *Regulation & Governance*, 9 (3), 2015, pp. 276-293.

⁵⁵ AUTE KASDORP, “Regulatory interventions beyond the law: towards a typology of the extra-legal frontier”, in *European Journal of Risk Regulation*, in press; KENNETH ABBOTT, “Introduction: the challenges of oversight for emerging technologies”, in GARY E. MARCHANT, KENNETH W. ABBOTT e BRADEN ALLENBY (Eds.), *Innovative Governance Models for Emerging Technologies*, Edward Elgar, 2013.

⁵⁶ <https://www.rankingthebrands.com/Brand-detail.aspx?brandID=189>.

A mais recente literatura sobre governação refere cada vez mais as limitações da regulação privada e dos acordos regulatórios público-privados⁵⁷. Ford, por exemplo, no seu belíssimo artigo intitulado “New governance in the teeth of human frailty”⁵⁸, alega que a regulação privada é flexível e pragmática, mas que pode também conduzir, no que toca aos termos do interesse público, a resultados “satisfatórios” e não ótimos. A autora menciona a crise financeira como o exemplo de uma situação em que as autoridades públicas confiaram excessivamente na capacidade do setor financeiro se regular a si mesmo de modo rigoroso, ou sequer de processar informação adequadamente. Mills e Koliba⁵⁹ chegam a conclusões semelhantes na sua análise do derrame de petróleo da plataforma *Deepwater Horizon BP*, no Golfo do México. Os autores descrevem como o desastre da *Macondo* pôde acontecer no contexto de uma enfraquecida monitorização pública e privada de atividades de perfuração em águas profundas. Em resultado de contínuos cortes orçamentais, o regulador público, o *US Minerals Management Service*, não conseguiu manter atualizada a sua expertise sobre tecnologias complexas de perfuração de águas profundas. Não lhe restou outra solução que não a de passar as atividades de monitorização para reguladores privados – não porque tal fosse resultar em maior segurança, mas porque já não conseguia assegurar, isoladamente, uma adequada monitorização. As empresas usaram, simultaneamente, a flexibilidade e a margem de manobra permitida pela monitorização privada para, na realidade, evitar a supervisão. Aqueles autores sugerem que a regulação privada nem sempre é acolhida por ser a melhor opção, mas antes por ser a opção mais fácil ou menos dispendiosa. A nova literatura sobre governação, de forma idealista, declara que os poderes do Estado não foram reduzidos, mas antes redistribuídos⁶⁰. Torna-se, no entanto, importante responder à seguinte questão: a regulação privada, afinal, implica regulação diferente, ou apenas menos exigente?

Neste tópico, trabalhos recentes compararam a eficácia de vários acordos privados de regulação, tais como códigos de conduta e standards, para concluir que estes conduzem a alterações comportamentais somente quando existem ambientes legais fortes. As empresas aderem a standards privados voluntários quando estão integradas em Estados com leis laborais rigorosas, que ativamente participam na OIT⁶¹ e onde existem altos níveis de liberdade de imprensa⁶². Torna-se, por isso, cada vez mais claro que a regulação privada

⁵⁷ PAUL ALMOND, “Revolution Blues: The Reconstruction of Health and Safety Law as ‘Common-sense’ Regulation”, in *Journal of Law and Society*, 42 (2), 2015, pp. 202-229; JULIA BLACK, “Paradoxes and failures: ‘new governance’ techniques and the financial crisis”, in *Modern Law Review*, 75 (6), 2012, pp. 1037-1063; DEIRDRE M. CURTIN e LINDA A.J.SENDEN, “Public Accountability of Transnational Private Regulation: Chimera or Reality?” in *Journal of Law and Society*, 38 (1), 2011, pp. 163 – 188.

⁵⁸ CRISTIE FORD, “New Governance in the Teeth of Human Frailty: Lessons from Financial Regulation”, *Wisconsin Law Review*, 2010, disponível em <https://ssrn.com/abstract=1525645>

⁵⁹ Russell W. MILLS e CHRISTOPHER J. KOLIBA, “The challenge of accountability in complex regulatory networks: The case of the Deepwater Horizon oil spill”, in *Regulation & Governance*, 9, 2015, pp. 77-91

⁶⁰ STEPHEN WILKS, *op. cit.*, 2013; DAVID LEVI-FAUR, *op. cit.*, 2013; MARIE-LAURE DJELIC e SIGRID QUACK, *op. cit.*, 2008.

⁶¹ Organização Internacional do Trabalho.

⁶² MICHAEL W.TOFFEL, J. JODI SHORT e MELISSA OUELLET, “Codes in context: How states, markets, and civil society shape adherence to global labor standards”, in *Regulation & Governance*, 9 (3), 2015, pp. 205-223; JODI SHORT e MICHAEL W. TOFFEL, “Making Self-Regulation More Than Merely Symbolic: The Critical Role of the Legal Environment”, in *Administrative Science Quarterly*, 55 (3), 2010, pp. 361 – 396; GREG DISTELHORST, RICHARD M. LOCKE, TIMEA PAL e HIRAM SAMEL, “Production goes global, compliance stays local: private regulation in the global electronics industry”, in *Regulation & Governance*, 9 (3) 2015, pp. 224-

efetiva também depende da existência de um forte aparelho público de aplicação das normas, pois quando não há uma aplicação realista das normas, o cumprimento dos códigos pode ser meramente simbólico.

6. Observações finais

O mundo já não está dominado pelos governos dos Estados nacionais: corpos reguladores internacionais, empresas e instituições financeiras multinacionais, bem como organizações da sociedade civil emergem como fontes de poder global. As instituições de controlo privadas tais como entidades reguladoras privadas transnacionais, entidades de monitorização e auditoria privadas, agências de *rating*, ONGs, media e instituições financeiras estão, atualmente, a suplementar, substituir ou a sobrepor-se à regulação pública. A autoridade reguladora já não é monopólio do Estado. Sucede, sim, que as interações entre empresas, bem como entre Estado e empresas, acontecem em redes globais horizontais que podem ser pluralistas e diversificadas, mas que são igualmente fragmentadas e descoordenadas. A força da rede não é, portanto, um dado.

Alguns autores entendem que o “esvaziamento do Estado” conduziu a uma nova ordem mundial corporativa na qual as multinacionais são demasiado grandes para falhar e demasiado grandes para aprisionar, e onde a aplicação privada e pública das normas é impotente e está sequestrada. Outros são mais otimistas e alegam que a “sombra da hierarquia” foi substituída por uma rede de responsabilidade. A realidade, como é óbvio, varia de caso para caso.

Neste artigo foram dados exemplos de como a globalização, a crescente inter-conectividade e os fluxos mundiais de informação não apenas fortalecem a posição das multinacionais, como também permitem a emergência de novas instituições de controlo. As operações comerciais à escala global criam oportunidades para uma aplicação global das leis, quer através da aplicação formal da lei pelos atores privados, quer de modo informal através de exigências de transparência e de sanções “reputacionais”. Mas as sanções extralegis resolvem apenas parcialmente estas lacunas de aplicação da lei, surgidas do enfraquecimento da posição dos Estados-Nação. A tecnologia e os novos media podem, por seu turno, auxiliar na denúncia e divulgação de comportamentos danosos ou dos danos ambientais causados pelas empresas em lugares remotos e inacessíveis ao público mais geral. A natureza global do comércio cria a necessidade de standardização e regulação da atividade empresarial por parte de entidades privadas, o que pode resultar em formas suaves de fiscalização tais como códigos de conduta, *rankings* e certificações.

242; HAMISH VAN DER VEN, “Correlates of rigorous and credible transnational governance: A cross-sectoral analysis of best practice compliance in eco-labeling”, in *Regulation & Governance*, 9 (3), 2015, pp. 276-293.

O presente artigo também demonstrou, no entanto, que estas formas de controlo de uma “nova governação” são, por vezes, frágeis, podendo ser meramente simbólicas, sem que cumpram as expectativas. Em muitos casos, o controlo privado funciona de forma separada da monitorização e aplicação pública da lei, ainda que esteja claro que um ambiente legal público forte ajuda a fortalecer a regulação privada. De modo a beneficiar da capacidade de regulação dos atores privados, os reguladores públicos devem reorganizar os seus processos e orientações. Ao invés de serem os principais reguladores, podem tornar-se facilitadores e orquestradores de várias formas de controlo. Os exemplos citados neste artigo mostram certamente que os atores privados podem ser uma fonte de prevenção da fraude e dos danos causados por empresas. Mostra ainda que o seu impacto pode ser amplamente melhorado. Uma condição importante passa por fazer os reguladores públicos repensar a sua relação com os atores privados, de modo a que possa ser moldada para se obter uma combinação ótima de poder regulatório.

Bibliografia

ABBOTT, KENNETH, “Introduction: the challenges of oversight for emerging technologies”, In GARY E. MARCHANT; KENNETH W. ABBOTT e BRADEN ALLENBY (Eds.), *Innovative Governance Models for Emerging Technologies*, Edward Elgar, 2013.

ALLEMANN, ALBERTO, “Stakeholder Engagement in regulatory policy”, in a *Reader’s companion to the OECD Regulatory Policy Outlook*, OECD, 2015.

ALMOND, PAUL, “Revolution Blues: The Reconstruction of Health and Safety Law as ‘Common-sense’ Regulation”, in *Journal of Law and Society*, 42 (2), 2015, pp. 202-229

AYRES, IAN / BRAITHWAITE, JOHN, *Responsive Regulation. Transcending the deregulation debate*, Oxford University Press, 1992.

BARKAN, JOSHUA, *Corporate Sovereignty. Law and Government under Capitalism*, University of Minnesota press, 2013.

BLACK, JULIA, “Critical Reflections on Regulation”, in *Australian Journal of Legal Philosophy*, 27, 2002, pp. 1-35.

BLACK, JULIA, “Paradoxes and failures: ‘new governance’ techniques and the financial crisis”, in *Modern Law Review*, 75 (6), 2012, pp. 1037-1063.

BÖRZEL, TANJA A. / RISSE, THOMAS, “Governance without a state: Can it work?”, in *Regulation & Governance*, 4 (2), 2010, pp. 113-134.

BÖRZEL, TANJA A. / RISSE, THOMAS, “Dysfunctional state institutions, trust, and governance in areas of limited statehood”, in *Regulation & Governance*, 10 (2), 2015, pp. 149-160.

BRAITHWAITE, JOHN / DRAHOS, PETER, *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, 2000.

BUNT, HENK VAN DE, "Walls of secrecy and silence", in *Criminology & Public Policy*, 9, (3) 2010, pp. 435-453.

CIEPLY, DAVID, "Beyond Public and Private: Toward a Political Theory of the Corporation", in *American Political Science Review*, 11 (2), 2013, pp. 418-435.

CURTIN, DEIRDRE M. / SENDEN, LINDA A.J., "[Public Accountability of Transnational Private Regulation: Chimera or Reality?](#)" in *Journal of Law and Society*, 38 (1), 2011, pp. 163 - 188.

DICKEN, PETER, *Global Shift. Mapping the changing contours of the world economy*, Sage, 2015.

DISTELHORST, GREG / LOCKE, RICHARD M. / PAL, TIMEA / SAMEL, HIRAM, "Production goes global, compliance stays local: private regulation in the global electronics industry", in *Regulation & Governance*, 9 (3) 2015, pp. 224-242.

DJELIC, MARIE-LAURE / QUACK, SIGRID, "Institutions and transnationalization", in: GREENWOOD ROYSTON, OLIVER, CHRISTINE, SUDDABY, ROY E SAHLIN-ANDERSSON, KERSTIN (Eds), *Sage Handbook on Organizational Institutionalism*, Sage, 2008.

ENNEKING, LIESBETH, "The Future of Foreign Direct Liability? Exploring the International Relevance of the Dutch Shell Nigeria Case", in *Utrecht Law Review*, 10 (1), 2014, pp. 44-54.

ENNEKING, LIESBETH / KRISTEN, FRANÇOIS / PIJL, KINANYA / WATERBOLK, TJALLING / EMAUS, JESSY/ HIEL, MARJOSSE/ SCHAAP, ANNE-JETSKE / GIESEN, IVO, "Zorgplichten van Nederlandse ondernemingen inzake internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen. Een rechtsvergelijkend en empirisch onderzoek naar de stand van het Nederlands recht in het licht van de UN Guiding Principles". In *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law*, Boom Juridische Uitgevers 2016.

ETIENNE, JULIEN, "The politics of detection in business regulation", in *Journal of Public Administration and Theory*, 25 (1), 2014, pp. 257-284.

ERP, JUDITH G. VAN, "[Naming without shaming: the publication of sanctions in the Dutch financial market](#)", in *Regulation & Governance*, 5 (3), 2011, pp. 287- 308.

ERP, JUDITH G. VAN, "Messy business, Media representations of administrative sanctions for corporate offenders", in *Law & Policy*, 35, 2013, pp. 109-139.

ERP, JUDITH G. VAN / K. LOYENS, *Motivations for reporting organizational misconduct by professional bystanders*, Working Paper, 2016.

FORD, CRISTIE, "[New Governance in the Teeth of Human Frailty: Lessons from Financial Regulation](#)", *Wisconsin Law Review*, 2010, disponível em <https://ssrn.com/abstract=1525645>

GARRET, BRANDON L., *Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations*, Harvard University Press, 2014.

GUPTA, AARTI / MASON, MICHAEL, "A Transparency Turn in Global Environmental Governance", in Gupta, AARTI., and Mason, MICHAEL (Eds.), *Transparency in Global Environmental Governance, Critical Perspectives*, MIT Press, Cambridge, 2014.

HALL, MATTHEW, *Victims of Environmental Harm: Rights, Recognition and Redress under National and International Law*, Routledge 2013.

HERTZ, NOREENA, *The Silent Takeover*, Heinemann, 2001.

HUISMAN, WIM, *Business as usual? Corporate involvement in international crimes*, Eleven International Publishing, 2010.

JOHNSON, THOMAS R., "Regulatory dynamism of environmental mobilization in urban China", in *Regulation & Governance*, 10 (1), 2016, pp. 14-28

KASDORP, AUTE, "Regulatory interventions beyond the law: towards a typology of the extra-legal frontier", in *European Journal of Risk Regulation*, in press.

KORTEN, DAVID, *When Corporations Rule the World*, Berrett-Koehler Publishers, 1995.

LEVI-FAUR, DAVID, "The Odyssey of the Regulatory State: From a "Thin" Monomorphic Concept to a "Thick" and Polymorphic Concept", in *Law & Policy*, 35 (1-2), 2013, pp. 29-50.

LEWIS, DAVID / DEVINE, TOM / HARPUR, PAUL, "The key to protection: civil and employment law remedies", in BROWN, A.J., LEWIS, DAVID, MOBERLY, R.E. e VANDEKERCKHOVE, WIM (Eds.), *International Handbook on Whistleblowing Research*, Cheltenham, Glos, UK: Edward Elgar Publishing, 2014, pp.350-381.

MEIJER, ALBERT, "Transparency", in BOVENS, MARK, GOODIN, ROBERT E. e SCHILLEMANS, THOMAS (Eds.), *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford University Press, 2014.

MICELI, MARCIA P. / DREYFUS, SUELETTE / NEAR, JANET P. "Outsider 'whistleblowers': Conceptualizing and distinguishing 'bell-ringing' behavior". In BROWN, A.J., LEWIS, DAVID, MOBERLY, R. & VANDEKERCKHOVE, WIM. (Eds.). *International Handbook on Whistleblowing Research*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 71-94

MILLS, RUSSELL W. / KOLIBA, CHRISTOPHER J., "The challenge of accountability in complex regulatory networks: The case of the Deepwater Horizon oil spill", in *Regulation & Governance*, 9, 2015, pp. 77-91.

NACIRI, AHMED, *Credit Rating Governance: Global Credit Gatekeepers*. Routledge, 2015.

PASSAS, NIKOS, "Lawful but awful: 'Legal corporate crimes'", in *The Journal of Socio-economics*, 34 (6), 2005, pp. 771-786.

REICHMAN, NANCY, "Getting our attention", in *Criminology & Public Policy*, 9, (3), 2010, pp. 483-491.

RICH, EDDIE / MOBERG, JONAS, *Beyond Governments: Making Collective Government Work - Lessons from the Extractive Industries Transparency Initiative*. Greenleaf Publishing, 2015.

SENDEN, LINDA A.J. / CAFAGGI, FABRIZIO / SCOTT, COLIN, *The Challenge of Transnational Private Regulation. Conceptual and Constitutional Debates*, Wiley-Blackwell, 2011.

SHORT, JODI / TOFFEL, MICHAEL W., "Making Self-Regulation More Than Merely Symbolic: The Critical Role of the Legal Environment", in *Administrative Science Quarterly*, 55 (3), 2010, pp. 361 – 396.

STEINZOR, RENA, *Why not jail? Industrial catastrophes, corporate malfeasance and government inaction*, Cambridge University Press, 2015.

THOMPSON, GREGORY J. / CARDER, DANIEL K. / BESCH, MARC C. / THIRUVENGADAM, ARVIND / KAPPANNA, HEMANTH K., *In-Use Emissions Testing of Light-Duty Diesel Vehicles in the United States*, Center for Alternative Fuels, Engines & Emissions, 2014.

TIMMER, MARCEL, *Mondiale Waardeketens en de Nieuwe Economie*, ESB, 2015.

TOFFEL, MICHAEL W. / SHORT, JODI L. / OUELLET, MELISSA, "Codes in context: How states, markets, and civil society shape adherence to global labor standards", in *Regulation & Governance*, 9 (3), 2015, pp. 205–223.

VEN, HAMISH VAN DER, "Correlates of rigorous and credible transnational governance: A cross-sectoral analysis of best practice compliance in eco-labeling", in *Regulation & Governance*, 9 (3), 2015, pp. 276–293.

WAARDEN, FRANS VAN / KERSBERGEN, KEES VAN, 'Governance' as a Bridge between Disciplines. Cross-Disciplinary Inspiration regarding Shifts in Governance and Problems of Governability, Accountability, and Legitimacy", in *European Journal of political research*, 43, 2004, pp. 143 – 171.

WILKS, STEPHEN, *The political power of the business corporation*. Edward Elgar, 2013.

WILL, SUSAN, HANDELMAN, STEPHEN E BROTHERTON, DAVID C., *How they got away with it: white collar criminals and the financial meltdown*, Columbia University Press, 2013.

WINGERDE, KARIN VAN, "The limits of environmental regulation in a globalized economy. Lessons from the Probo Koala case." in ERP, JUDITH G. VAN, & HUISMAN, WIM (Eds.), *Routledge Handbook of White-Collar and Corporate Crime in Europe*, Routledge, 2015, pp. 260-275

(texto submetido a 17.11.2017 e aceite para publicação a 25.01.2018)