

---

---

# REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

---

## Editores responsáveis por essa edição:

Editores:

Nitish Monebhurrn

Ardyllis Alves Soares

Marcelo Dias Varella

Editora assistente

Naiara Cardoso Gomide da Costa Alamy

Editores convidados:

André de Carvalho Ramos

Manoela Carneiro Roland

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 19	n. 2	p. 1-370	ago	2022
--	----------	-------	------	----------	-----	------

# **A jurisdição de necessidade e o tratado vinculante: a saga do acesso transnacional à justiça das vítimas de atividades de empresas transnacionais\***

## **Jurisdiction of necessity and the binding treaty: the saga of transnational access to justice for victims of transnational corporations' activities**

André de Carvalho Ramos\*\*

Manoela Carneiro Roland\*\*\*

### **Resumo**

Este artigo tem como objetivo estabelecer as opções do acesso transnacional à justiça das vítimas de atividades de empresas transnacionais, expondo o mecanismo de extensão extraterritorial da jurisdição nacional e seus limites, bem com a possível adoção de tratado sobre direitos humanos e empresas transnacionais. Por meio do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica e documental, concluiu-se que os mecanismos nacionais de jurisdição extraterritorial apresentam o risco de rechaço de ações consideradas com pouco ou nenhum vínculo com o foro e a negociação de um tratado que estabeleça tais mecanismos tem caminhado com obstáculos, não se vislumbrando o consenso necessário para que se adote um texto voltado à efetiva criação de mecanismos de proteção das vítimas.

**Palavras-chave:** direitos humanos; empresas transnacionais; jurisdição internacional; acesso à justiça; extraterritorialidade.

### **Abstract**

This article aims to establish the options of transnational access to justice for victims of transnational corporations' activities, exposing the mechanism of extraterritorial extension of national jurisdiction and its limits, as well as the possible adoption of a treaty on human rights and transnational corporations. Through the deductive method and bibliographic and documentary research, it was concluded that the national extraterritorial jurisdiction mechanisms present the risk of rejection of actions considered to have little or no connection with the forum, and the negotiation of a treaty establishing such mechanisms has been hindered, without the necessary consensus to adopt a text aimed at the effective creation of protection mechanisms for victims.

\* Recebido em 11/11/2022  
Aprovado em 11/11/2022

\*\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Professor Titular de Pós-Graduação Stricto Sensu e Coordenador de Mestrado da Unialfa. Doutor e Livre-Docente em direito internacional (USP). Procurador Regional da República. Primeiro Secretário de Direitos Humanos da Procuradoria-Geral da República (2017-2019). Email: andredecarvalhoramos@gmail.com

\*\*\* Professora Associada nível III da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Pós-Doutoranda em Direito Internacional na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Coordenadora Geral do Homa-Centro de Direito Humanos e Empresas. Email: manoelaroland@gmail.com

**Keywords:** human rights; transnational corporations; international jurisdiction; access to justice; extraterritoriality.

## 1 Introdução

Na atualidade, a proteção de direitos humanos é realizada em ordens jurídicas plurais, referentes a normas nacionais, regionais e internacionais que interagem. Além desse crescimento multinível das normas protetivas de direitos humanos, há também um aumento qualitativo, com normas abrangendo novos temas (direitos digitais, novos direitos ambientais, entre outros) e incluindo novos atores, além do tradicional dever imposto ao Estado.

Quanto a este tópico, a eficácia horizontal dos direitos humanos é, atualmente, uma característica incontornável pela qual os direitos humanos vinculam os particulares em suas relações intersubjetivas. Por isso, as empresas transnacionais, em suas atividades em diversos Estados, devem respeitar integralmente os direitos humanos em todas as suas espécies (direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais e ambientais).

Para fazer valer tais direitos, as vítimas contam com o acesso à justiça, que é o direito chave, o qual viabiliza a proteção dos demais direitos. Porém, em face da fragilidade do poder regulatório local e das deficiências do devido processo legal nacional, as vítimas procuram outra espécie de acesso à justiça, denominado neste artigo de “acesso transnacional à justiça”, o qual consiste no exercício do direito de ação em outras jurisdições nacionais distintas da jurisdição em cujo território deu-se a conduta lesiva ou ocorreu o dano.

Há duas formas pelas quais é possível concretizar o direito de acesso à justiça das vítimas de atividades de empresas transnacionais. O primeiro deles é o acesso transnacional à justiça de matriz nacional, que depende de leis nacionais referentes à extensão da jurisdição nacional, criando mecanismos extraterritoriais. O segundo é o acesso transnacional à justiça de matriz internacional, amparado em normas internacionais, como um tratado internacional.

No tocante a mecanismos extraterritoriais nacionais, o Direito Internacional, renovado pela ascensão da proteção de direitos humanos, autoriza a jurisdição nacio-

nal extraterritorial para reparar os danos causados às vítimas de violações de direitos ocorridas em território do outro Estado.

Tal proteção extraterritorial de direitos humanos de vítimas de ofensas a direitos humanos ocorridos no estrangeiro não é ofensa à soberania do outro Estado, mas sim uma consequência da centralidade dos direitos das vítimas no novo Direito Internacional.

Deve-se a Caçado Trindade o pioneirismo da insistência na formulação de um novo Direito Internacional, pautado no universalismo dos direitos humanos. Seria um novo *jus gentium* do século XXI ou Direito Internacional para a Humanidade. No novo *jus gentium* do século XXI, o ser humano emerge como sujeito de direitos e verdadeira centralidade de todo o ordenamento jurídico. Cria-se “um novo e verdadeiro direito universal da humanidade”.<sup>1</sup>

Essa extensão extraterritorial, contudo, ainda depende da vontade política de cada Estado, o que a faz ser relativa e contextual, a depender de cada legislação nacional.

Por isso, discute-se, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), a viabilização do acesso transnacional à justiça de matriz internacional, por intermédio especialmente da celebração de tratado internacional voltado ao tema das empresas transnacionais e direitos humanos.

O presente artigo visa responder à dúvida sobre a confiabilidade da jurisdição extraterritorial nacional protetora, especialmente após a determinação das decisões nacionais restritivas (*Caso Kiobel* e *Caso Daimler-Bens*), bem como o caminho para que se concretize um tratado internacional de empresas e direitos humanos em discussão no Conselho de Direitos Humanos da ONU.

Como hipótese a ser testada, entende-se que o uso da jurisdição nacional extraterritorial protetora é inseguro, tendo sofrido desgaste em países desenvolvidos, exigindo reforço na aceleração da discussão do tratado sobre empresas e direitos humanos para incrementar a proteção das vítimas. Empregou-se o método hipotético-dedutivo com auxílio de pesquisa bibliográfica.

<sup>1</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 19.

## 2 A jurisdição extraterritorial protetora e os Casos Kiobel e Daimler-Benz

### 2.1 Aspectos gerais: a ausência do devido processo legal e a jurisdição de necessidade

A jurisdição internacional extraterritorial de um Estado pode ser fixada por um Estado a fim de se proteger o direito de acesso à justiça e, subsequentemente, os direitos das vítimas de violações de direitos ocorridos em outro Estado.

Mesmo no Brasil, que adotou a fórmula da fixação de hipóteses de jurisdição internacional (em especial no Código de Processo Civil e na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), cabe a ampliação da jurisdição internacional brasileira para que se evite a denegação de justiça que ocorreria caso se prove que (i) nenhum outro Estado conheceria da ação ou (ii) caso se demonstre que o Estado estrangeiro que teria, inicialmente, jurisdição *não* oferece o indispensável devido processo legal.

Na primeira hipótese, trata-se de situação de “conflito negativo de jurisdição”, que ofende o direito de acesso à justiça previsto em tratados internacionais de direitos humanos e na CF/88 (art. 5º, XXXV). Na segunda hipótese, o Estado estrangeiro não oferece, para o caso concreto, o devido processo legal nos seus aspectos processuais e materiais.

Essas hipóteses compõem a chamada “*jurisdição de necessidade*” (*forum necessitatis*), que se destaca das demais hipóteses de fixação de jurisdição por estar focada na necessidade das vítimas (autores das ações) e não propriamente do Estado do foro. Para Fernández Arroyo, o juiz pode assumir, excepcionalmente, a jurisdição sobre determinado litígio transnacional na medida em que for necessário para não deixar os envolvidos sem a possibilidade de satisfazer suas justas pretensões<sup>2</sup>.

No plano interamericano, a Convenção Interamericana sobre competência na esfera internacional para a eficácia extraterritorial das sentenças estrangeiras (La

Paz, 1984<sup>3</sup>) estabelece, em seu art. 2º, que se considera adequado o exercício de jurisdição quando o órgão jurisdicional que proferiu a sentença tenha assumido jurisdição para evitar *denegação de justiça* por não existir *órgão jurisdicional competente*.

A ausência do devido processo legal no foro estrangeiro pode ocorrer por razões subjetivas (em relação especificamente aos envolvidos naquele litígio transnacional) ou mesmo objetivas (pela inexistência do devido processo legal para qualquer caso, tal qual previsto nos tratados internacionais e na jurisprudência internacional de direitos humanos).

O devido processo legal é decomposto, usualmente, em dois aspectos: (i) o aspecto procedimental (*procedural due process*), que abarca as garantias de acesso à justiça, juiz natural, ampla defesa e contraditório, entre outros e (ii) o aspecto substancial, que analisa o direito aplicado ao litígio transnacional, considerando-se os princípios de justiça, com razoabilidade (*reasonableness*), e de racionalidade (*rationality*). Assim, a jurisdição de necessidade pode ser invocada tanto pela violação de aspectos procedimentais ou mesmo em virtude da violação de princípios de justiça na interpretação dada às normas pela jurisdição estrangeira<sup>4</sup>.

### 2.2 Os Casos Kiobel e Daimler

A jurisdição de um Estado pode conhecer causas de violação de direitos humanos sem outro vínculo com o foro. O maior exemplo dessa extensão de jurisdição em casos de vítimas de violações de direitos foi o *Alien Tort Statute* dos Estados Unidos, que permitiu a autores estrangeiros propor ações de reparação civil por violações ao Direito Internacional (costume ou tratado celebrado pelos Estados Unidos), ocorridas *fora* do território norte-americano. Após casos bem-sucedidos de processos nos Estados Unidos, promovidos por vítimas de tortura<sup>5</sup>, a Suprema Corte americana restringiu o alcance da jurisdição norte-americana em outros casos envolvendo empresas *multinacionais*, nos quais o Poder Judiciário do

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (org.). *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalía Ed, 2003. p. 164

<sup>3</sup> Adotada na 3ª Conferência Interamericana de Direito internacional privado (CIDIP-III), em 24 de maio de 1984, na cidade de La Paz. Ainda não ratificada pelo Brasil.

<sup>4</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

<sup>5</sup> O caso *Filártiga vs. Peña-Irala* é o mais conhecido. STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *International Human Rights in context*, Oxford: Clarendon Press, 1996. p. 779-788.

local dos fatos era incapaz de fornecer adequada reparação, levando os autores a processar as empresas nos Estados Unidos.

O caso *Kiobel é prova dessa tendência restritiva. Tratou-se de ação* na qual a empresa Shell foi processada nos Estados Unidos por vítimas nigerianas de graves violações de direitos humanos (estupros, assassinatos, destruição de propriedade etc.) cometidas por tropas e policiais do governo da Nigéria, tendo sido alegado que a empresa havia fornecido substancial apoio aos ataques realizados após protestos pelos danos ambientais causados pela extração de petróleo na região de Ogoni. Para a Suprema Corte dos Estados Unidos, não havia presunção de extraterritorialidade na fixação da jurisdição cível por violação do Direito Internacional, não cabendo à Justiça norte-americana apreciar fatos ocorridos em outro Estado soberano. De acordo com a decisão “[...] Finally, there is no indication that the ATS [Alien Tort Statute] was passed to make the United States a uniquely hospitable forum for the enforcement of international norms”.<sup>6</sup>

O caso *Daimler AG vs. Bauman et al. trata de ação interposta nos* Estados Unidos pelo envolvimento de uma subsidiária argentina do grupo econômico *Daimler AG* com fatos graves ocorridos durante o regime ditatorial na Argentina (repasse de informações e identificação de supostos “empregados subversivos”, resultando em desaparecimentos forçados e mortes). A Suprema Corte norte-americana entendeu que não era possível estender a jurisdição norte-americana para abranger fatos ocorridos fora do território e realizados por pessoa jurídica (a subsidiária argentina) com vínculos distantes com os Estados Unidos. Contudo, durante o processo, os autores esforçaram-se em demonstrar que nem a jurisdição argentina nem a jurisdição alemã (sede principal da *Daimler AG*)<sup>7</sup> teriam condições de prestar justiça no caso concreto, bem como buscaram provar a existência de vínculos do grupo com os Estados Unidos (importan-

te mercado desses automóveis), além da inexistência de prejuízo à defesa.

A recusa em se reconhecer a jurisdição em determinados casos de atividades realizadas fora do território não gera impactos simétricos em todos os Estados: na Era da Globalização, há dúvidas sobre a efetividade do acesso à justiça em Estados dependentes, por exemplo, de atividades econômicas realizadas por empresas multinacionais poluidoras. A flexibilidade na determinação da jurisdição, por outro lado, pode levar também ao cenário de insegurança, com busca de uma jurisdição de conveniência complacente para que se obtenha uma sentença para, posteriormente, gerar a sua execução em outro Estado.

Atualmente, o fluxo transfronteiriço aumenta, assim como a assimetria entre Estados, agentes econômicos e ainda os diversos grupos sociais vulneráveis. Logo, a fixação da jurisdição internacional deve considerar os diversos valores envolvidos: (i) acesso à justiça, (ii) devido processo legal, com respeito à ampla defesa e (iii) justiça material no caso concreto.

Esses valores são oriundos da proteção internacional de direitos humanos e exigiriam, em nome da universalidade de tais direitos, a adoção de medidas de fixação de jurisdição do Estado. Para evitar esses avanços e recuos da jurisdição extraterritorial de um Estado, cabe investigação sobre o caminho e as perspectivas da edição de um tratado que abarcaria a relação entre as empresas transnacionais e os direitos das vítimas de suas condutas.

### 3 O tratado internacional sobre empresas transnacionais e direitos humanos das Nações Unidas

O grande marco de incorporação da chamada agenda internacional sobre empresas e direitos humanos das Nações Unidas foi, inegavelmente, o discurso do então presidente do Chile, Salvador Allende, na Assembleia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1972. Nesse momento Allende<sup>8</sup> denuncia os ataques que empresas transnacionais perpetraram contra seu governo e a democracia chilena:

<sup>6</sup> Suprema Corte dos Estados Unidos, *Kiobel et al., vs. Royal Dutch Petroleum et al.*, Case 10-1491 (julgamento de 17 de abril de 2013). Ver os votos e a posição da Suprema Corte em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/10-1491>. Acesso em: 10 Aug. 2022.

<sup>7</sup> MULLENIX, Linda S. Due process, general personal jurisdiction, and F-Cubed litigation: the extraterritorial reach of American State Courts over foreign nation corporations for alleged human rights violations., *Public Law Research Paper*, n. 525, *University of Texas School of Law*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2335510>. Acesso em: 10 Aug. 2022.

<sup>8</sup> SALVADOR Allende: Naciones Unidas. Disponível em: <http://www.abacq.net/imagineria/cronolo4.htm>. Acesso em: 01 nov. 2022.

no sólo sufrimos el bloqueo financiero, también somos víctimas de una clara agresión. Dos empresas que integran el núcleo central de las grandes compañías transnacionales, que clavaron sus garras en mi país, la International Telegraph and Telephone Company y la Kennecott Copper Corporation, se propusieron manejar nuestra vida política. La IIT, gigantesca corporación cuyo capital es superior al presupuesto nacional de varios países latinoamericanos juntos, y superior inclusive al de algunos países industrializados, inició, desde el momento mismo en que se conoció el triunfo popular en la elección de septiembre de 1970, una siniestra acción para impedir que yo ocupara la primera magistratura. Entre septiembre y noviembre del año mencionado, se desarrollaron en Chile acciones terroristas planeadas fuera de nuestras fronteras, en colusión con grupos fascistas internos, las que culminaron con el asesinato del comandante en jefe del Ejército, general René Schneider, hombre justo, gran soldado, símbolo del constitucionalismo de las Fuerzas Armadas de Chile

Além de colocar em evidência este novo “ente político” presente no sistema internacional, e sua capacidade de defender seus interesses de forma pouco transparente e, até hoje, estabelecido dentro de um marco de grande impunidade<sup>9</sup>, Allende nos ajuda a entender o poder deste novo ator, e até defini-lo, reforçando o fato de que as empresas transnacionais, já na década de 70, possuíam um capital superior ao da maioria dos Estados aonde desempenham suas atividades<sup>10</sup>, apresentando-se, portanto, como agentes influenciadores, não só das chamadas regras de “mercado”, mas, especialmente das decisões políticas que garantiriam a segurança de tais regras. Política e economia não podem ser analisados como fenômenos em separado.

<sup>9</sup> O contexto de consolidação do poder das empresas transnacionais estaria associado a conceitos como da primazia da *lex Mercatoria* sobre os direitos humanos, relacionada à “captura corporativa”, o que explicita a ingerência das empresas em diversas esferas do Estado, e outras espaços de deliberação internacionais, viabilizando, inclusive, uma maior impunidade quando das violações a esses direitos. Juan Hernández Zubizarreta e Pedro Ramiro, membros do Observatório de Multinacionales en America Latina (OMAL), desenvolveram vários estudos sobre esse fenômeno. ZUBIZARRETA, J. H. *El tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales*. Una análisis desde la sociología jurídica. Madrid: Paz con Dignidad y OMAL, 2017. ZUBIZARRETA, J. H.; RAMIRO, P. *Against the 'Lex Mercatoria': proposals and alternatives for controlling transnational corporations*. Madrid: OMAL, 2016.

<sup>10</sup> Atualmente, estima-se que 69 das 100 principais economias do mundo são empresas e só 31 são países GALINDO, Cristina. *Quando as empresas são mais poderosas que os países*. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/03/economia/1509714366\\_037336.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/03/economia/1509714366_037336.html). Acesso em: 01 nov. 2022.

A morte de Salvador Allende, em 1973, e o golpe de Estado no Chile pressionaram as Nações Unidas a darem uma resposta à altura dos desafios apresentados pelo ex-presidente. Não é possível afirmar que tal cenário não se formasse sem esse final trágico, mas, considerando-se o perfil da organização e a dinâmica de “avanços” e “recuos” dessa agenda, não seria conspiratório suspeitar que a ONU não fosse um espaço propício a regulamentar o espectro de atuação das transnacionais, contribuindo para coibir as possíveis violações de Direitos Humanos perpetradas por estas. Como afirma Daniel Maurício Aragão, sobre as Nações Unidas (2010:176), a Organização tende a chancelar processos não participativos, em razão de sua dependência e consequente referendo às demandas do capital transnacional<sup>11</sup>.

Portanto, em uma breve síntese, correndo o risco da simplificação, desde 1972, após o discurso de Salvador Allende, a ONU incorpora essa agenda, dando início aos debates para a criação da Comissão sobre Empresas Transnacionais, submetida ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, e, a partir desse momento, contrapõem-se duas perspectivas: uma que vê a necessidade de se regularem internacionalmente, de maneira “vinculante”, as empresas transnacionais e de se criarem mecanismos de responsabilização desses atores por violações a Direitos Humanos; e outra que se alinha com a vertente da Responsabilidade Social Corporativa, baseada em pactos de adesão voluntária, geradoras de marketing positivo para as empresas e comparável à finalidades filantrópicas. Em última instância, a ONU resistiria a uma normatização, via responsabilização das empresas que fosse mais eficaz, respondendo mediante normas mais brandas e voluntárias, ao passo que, principalmente em razão da pressão da sociedade civil global, brechas são forçadas e instrumentos vinculantes são considerados.

É sempre oportuno recorrer à célebre esquematização realizada por Surya Deva<sup>12</sup>, o qual resume o avanço

<sup>11</sup> ARAGÃO, D. M. *Responsabilidade como legitimação*: capital transnacional e governança global na organização das Nações Unidas. 2010. Disponível em: [https://www.maxwell.vrac.pucrio.br/Busca\\_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=17468@1](https://www.maxwell.vrac.pucrio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=17468@1). p. 176.

<sup>12</sup> DEVA, S. *Corporate human rights violations: A case for extraterritorial regulation*. Handbook of the Philosophical Foundation of Business Ethics. New York, 2012 e DEVA, S. *Treating human rights lightly: a critique of the consensus rhetoric and the language employed by the Guiding Principles*. In: BILCHITZ, D., DEVA, S. *Human rights obligations of business*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

dessa agenda internacional em três etapas principais. A primeira fase, como já mencionado, inicia-se em 1972 (discurso de Salvador Allende) com os primeiros passos para a criação da Comissão sobre Empresas Transnacionais, (Comissão sobre Investimento Internacional e Empresas Transnacionais) submetida ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, e até 1990, com a apresentação do draft do Código de Conduta para Empresas Transnacionais.

A segunda fase instaura-se em 1997-1998 com o estabelecimento de um grupo de trabalho na Subcomissão para Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, subordinada ao Conselho de Direitos Humanos da ONU (anteriormente chamada de Comissão de Direitos Humanos), para analisar os métodos de trabalho e atividades das empresas transnacionais e apresentar um documento normativo ao final do trabalho. Em meados de 2003, o grupo de trabalho, ligado à Subcomissão para Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, apresentou o *draft* das Normas sobre Responsabilidades das Empresas Transnacionais e Outros Negócios com Relação a Direitos Humanos, conhecidas como “Normas”<sup>13</sup>, que não obteve aceitação por parte do Conselho de Direitos Humanos. Em concorrência ao trabalho deste grupo, o então Secretário Geral da ONU, Kofi Annan, no ano 1999, lançou o Pacto Global (*Global Compact*).

A terceira fase se iniciou em 2005, com a nomeação do professor de Harvard, John Ruggie, que já havia participado do processo de formulação do Pacto Global, como Representante Especial do Secretário Geral para a temática Direitos Humanos e Empresas Transnacionais. Seu mandato foi prorrogado até 2011, quando este apresentou ao Conselho de Direitos Humanos da ONU os Princípios Orientadores em Direitos Humanos e Empresas, os *guiding principles*<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> As Normas já se preocuparam com a definição de Empresas Transnacionais, e trouxeram para o debate a concepção de “natureza transnacional da atividade” para a definição de Empresas transnacionais, e que é defendida por *experts* como Olivier De Schutter e pela própria Campanha Global. SCHUTTER, Olivier de. *The Elements for the draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights: a comment*. 2017. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/OralInterventions/OlivierDeSchutterSubject3.pdf>. WEISSBRODT, D.; KRUGER, M. Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other business Enterprises with Regard to Human Rights. *American Journal of International Law*, v. 97, p. 9, 2003.

<sup>14</sup> Pode-se ter acesso aos Princípios em: <https://www.ohchr.org/>

Entretanto, já em setembro de 2013, o consenso relativo aos Princípios Orientadores se mostrava frágil. Durante a 24ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos, vários países reuniram-se para a elaboração de uma declaração. Esta foi feita em nome de um grupo de países africanos, e de um grupo de países árabes, do Paquistão, Sri Lanka, Quirguistão, Cuba, Nicarágua, Bolívia, Venezuela, Peru e Equador.

Tais Estados deixaram claro que, sem buscar um marco juridicamente vinculante, o endosso dado aos Princípios Orientadores pelos Estados em 2011, no Conselho de Direitos Humanos, seria, apenas, um primeiro passo, sem maiores consequências, e que mecanismos de *soft law*, como os Princípios de Ruggie, não eram suficientes para garantir a reparação e a devida proteção às vítimas de violações de direitos humanos por empresas, principalmente transnacionais, não sendo suficiente também para preencher o *gap* jurídico existente para responsabilização de empresas extraterritorialmente. Essa declaração foi reforçada por mais de 140 organizações da sociedade civil, que também emitiram uma declaração conjunta reclamando um instrumento vinculante que tratasse das violações de Direitos Humanos cometidas por empresas. Sem dúvida alguma, esse movimento ajudou a impulsionar a decisão do Equador e África do Sul de apresentarem a Resolução 26/9<sup>15</sup>.

Apesar de não abordado pelo professor Deva nesse texto, pode-se afirmar que vivemos uma “quarta fase”, após a aprovação dessa Resolução no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 2014, que deu início à negociação do tratado internacional sobre empresas transnacionais e direitos humanos, criando o Grupo Intergovernamental de Composição Aberta sobre Empresas Transnacionais e outros Negócios e Direitos Humanos.

É fundamental retomar o mandato atribuído ao Grupo de Trabalho Intergovernamental pela Resolução 26/9, principalmente no que diz respeito às suas disposições sobre a legitimidade do próprio Grupo e seu tempo de duração, assim como ao objeto a ser discuti-

Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\_EN.pdf

<sup>15</sup> Resolução A/HRC/RES/26/9: Elaboração de um Instrumento Internacional Juridicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionais e Outros Negócios com relação aos Direitos Humanos, adotada pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 26 de junho de 2014. Disponível em: <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement>. Acesso em: 2 nov. 2022. 20:40.

do, reconhecido como o “alcance” do futuro tratado internacional. Esses dois aspectos foram utilizados como argumentos em tentativas de se bloquear o andamento da negociação do instrumento internacional por alguns países, especialmente aqueles que sediam as matrizes das empresas transnacionais, como Estados Unidos e União Europeia, além de outros representantes diretos dos interesses corporativos, tal qual a Associação Internacional de Empregadores.

A Resolução 26/9 foi aprovada com 20 votos a favor, 14 contra e 13 abstenções. E, em relação ao item 3, que dispõe sobre sequência de sessões tem-se a seguinte redação:

3. Decide además que el Presidente-Relator del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta prepare los elementos para un proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante a fin de emprender las negociaciones sustantivas sobre el tema al comienzo del tercer período de sesiones del grupo de trabajo, teniendo en cuenta las deliberaciones de sus dos primeros períodos de sesiones;

O texto aponta para a necessidade do Equador, enquanto presidente do Grupo de Trabalho, ao final da terceira sessão, apresentar um texto com caráter mais genérico, que dispusesse sobre os elementos fundamentais que pudessem servir como guia às futuras etapas de negociação. Isso deveria ocorrer após três anos de discussões e Consultas Regionais. Ocorre que os Estados Unidos, ao final da terceira sessão, sem ter atuado, efetivamente, nos debates conduzidos até ali, defendeu, com base no texto acima, o fim do mandato do Grupo de Trabalho, devendo-se, então, segundo ele, aprovar uma nova Resolução para que as negociações pudessem prosseguir.

Observa-se, claramente, que tal interpretação não se depreende da redação expressa na Resolução, configurando uma das principais tentativas de boicote ao processo do Tratado. O Equador, mesmo tendo cumprido com o previsto e apresentado o texto do “Elementos”<sup>16</sup>, recorreu à Secretaria do Conselho de Direitos Humanos, o que tomou toda uma tarde durante a semana de negociação, em 2017, para obter um posicionamento

<sup>16</sup> Para os fins deste trabalho o documento dos Elementos, *Elements*, ou OEIGWG Draft “Elements for a Legally Binding Instrument on Transnational corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights” será chamado de “Elementos” e pode ser encontrado em: [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs\\_OBEs.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs.pdf). Acesso em: 20 ago. 2022.

sobre a validade do seu mandato a partir daquele momento. A Secretaria do Conselho, por sua vez, deliberou, e deixou claro que o termo, presente na denominação do Grupo de Trabalho Intergovernamental, de “Composição Aberta”, significava justamente que o mandato do Grupo somente chegaria ao fim, após concluídas as negociações, e aprovado o texto definitivo do Tratado.

Outra questão relevante e que consta, também, no texto da Resolução diz respeito ao objeto a ser negociado, ou seja, o chamado “alcance” do futuro tratado internacional. Ele atesta, claramente, que visa à “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”. E, em nota de rodapé, esclarece que “el término “otras empresas” se refiere a todas las empresas cuyas actividades operacionales tienen carácter transnacional y no se aplica a las empresas locales registradas con arreglo a la legislación nacional pertinente”.

É evidente, portanto, que está em jogo a elaboração de um instrumento internacional juridicamente vinculante que regule as chamadas “empresas de caráter transnacional” com relação aos Direitos Humanos, e não todas as empresas. Entretanto, a União Europeia tentou bloquear, por várias ocasiões, nas primeiras sessões, a continuidade das deliberações, alegando que, ou se mudava o alcance do tratado para “todas as empresas”, ou não se poderia começar a negociar o texto efetivamente.

Tamanha foi a pressão estabelecida que, no ano de 2019, o Rascunho 1, ou *Draft 1*, apresentado pela presidência do Equador, alterou o alcance do tratado, incluindo, não apenas empresas transnacionais, mas todas as empresas, o que configura um flagrante descumprimento ao mandato da Resolução. E por que a ampliação do objeto do instrumento internacional pode configurar um enfraquecimento do mesmo? Carlos M. Correa, à época Consultor Especial sobre Comércio e Propriedade Intelectual do South Centre, em seu artigo publicado em setembro de 2016, intitulado “Scope of the Proposed International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with respect to Human Rights”<sup>17</sup>, já havia aler-

<sup>17</sup> CORREA, Carlos M. Scope of the Proposed International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with respect to Human Rights. Disponível em: <https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2016/09/>



tado para efeitos negativos da ampliação do alcance do tratado que poderia custar um maior tempo de negociação, comprometendo até a aprovação deste. Por outro lado, haveria o risco da produção de um texto mais genérico, o que, também, poderia levar a um menor aprofundamento na definição de aspectos centrais com relação à lógica de atuação transnacional das corporações, a qual carece de maior estudo e regulamentação.

Após a apresentação do Rascunho 1, em 2019, e da ampliação do alcance do tratado para “todas as empresas”, verificou-se uma crescente tendência do estabelecimento de uma lógica chamada de “estatocêntrica”, ou seja, um detalhamento mais débil dos recursos, ou mecanismos extraterritoriais, somado a não atribuição de obrigações às empresas transnacionais, e maior dependência na capacidade dos Estados de regular estas. Uma certa “nacionalização” do Tratado Internacional, inclusive mediante a retirada, também, no Rascunho 1, da expressão “cadeia de valor” da definição das atividades corporativas que se estabelecem além das fronteiras nacionais. Essas mudanças são consideradas, até hoje, uma perda expressiva no processo de negociação que segue em desacordo com as demandas históricas dos movimentos sociais e demais organizações da sociedade civil, somadas a de diversos Estados, inspirados no discurso do então presidente Salvador Allende.

A aprovação da Resolução 26/9 foi considerada uma grande vitória para grande parte da sociedade civil global e certos Estados que, desde a década de 70, pleitearam normas vinculantes, e que, principalmente, a partir de 2011, após a publicação dos Princípios Orientadores, pudessem romper com a lógica “pró-empresas” representada por estes, assim como suprir as lacunas deixadas por eles, e que seriam essenciais para uma efetiva responsabilização de empresas no caso de violações de Direitos Humanos, como a previsão de obrigações diretas para as empresas e o aperfeiçoamento dos mecanismos de extraterritorialidade. Mas, acima de tudo, pleiteia-se, atualmente, uma grande mudança paradigmática representada pelo desafio de se colocarem os Direitos Humanos acima de tratados de investimento e outros acordos comerciais; o combate à captura corporativa, e a atribuição do devido protagonismo, ou centralidade aos atingidos e atingidas, como princípio orientador

da prevenção às violações, assim como informador do processo de busca por reparação.

Outro fato a ser considerado, e que influenciou a constituição de agenda internacional sobre empresas e direitos humanos, foi a constituição do Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos, em 2012, estimulando os Estados a elaborarem Planos de Ação Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos (*NAPS*), que tivessem como principal inspiração os Princípios Orientadores, ou *guiding principles*. Vê-se como algo 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<sup>18</sup>, não respondem à altura desse desafio.

Ao reproduzirem a sistemática dos *guiding principles*, os *NAPS* mantêm suas lacunas, o que não contribui para o aprimoramento daqueles mecanismos. As principais falhas encontradas, além do seu voluntarismo, foram encontradas tanto nos europeus quanto latino-americanos, e seriam: (i) dificuldades de manejar a dinâmica metodológica de encontros entre os diferentes atores, como Estado, empresas e sociedade civil; (ii) déficit democrático, ou seja, pouca participação de vítimas de violações, além de pouca transparência sobre os processos de consultas; (iii) fraca previsão normativa em matéria de Direitos Humanos; (iv) linguagem vaga e imprecisa; expressiva valorização apenas dos princípios da OCDE; (v) não são mencionadas medidas concretas de responsabilização, na maioria dos casos, e (vi) inexistência de um prazo claro para efetivação das existentes,

PB28\_Scope-of-the-Proposed-International-Legally-Binding-Instrument-on-Transnational-Corporations-and-Human-Rights\_EN.pdf. Acesso em: 2 nov. 2022.

<sup>18</sup> Pode-se ter acesso a dois estudos sobre Planos de Ação Nacionais no *website* do Homa, um europeu, e outro latino-americano: <http://homacde.com/index.php/pt/documentos/>. O diagnóstico de descumprimento de normas voluntárias pelos Estados já é bastante conhecido. O governo alemão, por exemplo, em *surveys* realizados em 2019 e 2020, identificou que apenas entre 13% e 17% das empresas alemãs, com mais de 500 empregados, cumpriam o disposto no Plano Nacional de Ação alemão no que concerne às práticas de devida diligência. NATIONAL Action Plans on Business and Human Rights in Latin America. Analysis of Colombia, Mexico and Chile. *Cadernos de Pesquisa Homa*, v. 1, n. 4, 2018. Disponível em: <http://homacde.com/wp-content/uploads/2018/10/Caderno-de-Pesquisa-Homa-Planos-Nacionais-de-A%C3%A7%C3%A3o-EN.pdf>. GRABOSCH, R. *La loi allemande sur le devoir de vigilance*. L'Allemagne pose de nouveaux jalons pour la protection des droits humains. 2022. Disponível em: <https://library.fes.de/pdf-files/iez/18892.pdf>. Acesso em: 17 out. 2022.

além de ausência de previsão de mecanismos de extraterritorialidade, na maior parte dos Planos.

Assim, em resposta à falta de mecanismos de extraterritorialidade efetivos, presentes na maior parte das normas vigentes, atualmente, com relação ao tema de empresas e direitos humanos, destacam-se três previsões específicas, ainda em disputa, no processo de negociação do tratado internacional sobre empresas e direitos humanos. O tratado internacional concluiu sua oitava rodada de negociação, no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em Genebra, em 28 de outubro deste ano. Os debates versaram sobre o texto do Rascunho 3, apresentado em 2021 pelo Equador, já com a sua sistematização constando os posicionamentos dos Estados durante a sétima sessão<sup>19</sup>, além de um texto divulgado em início de outubro pelo Equador, de própria autoria da presidência<sup>20</sup>.

A apresentação desse último documento foi alvo de muitas críticas, tendo inclusive tomado quase todo o primeiro dia da semana de negociação, em outubro. A justificativa da presidência foi o esforço para tentar sanar os pontos de maior dissenso, além de contribuir para uma “linguagem mais clara e consensual”. Entretanto, verificou-se, na prática, uma grande confusão metodológica, apontada por diversos Estados, pois com o novo texto apresentado pelo Equador, há dois textos para as etapas futuras. Além disso, houve recuo em diversos dispositivos no novo texto apresentado, no tocante a pontos considerados mais ambiciosos, alcançados durante a sétima sessão.

Três previsões do novo documento apresentado pelo Equador foram objeto de muitos debates com relação ao Rascunho 3, dentre as quais a disposição sobre a proibição da alegação do *forum non conveniens*, que, em um cenário de acesso à justiça, extraterritorialmente, se mostra um avanço importante, vide o Caso Chevron/Texaco. O novo texto da Presidência retira a proibição dessa cláusula, assim como a demanda para que as legislações nacionais se adaptem à previsão de responsabilidade criminal das pessoas naturais e jurídicas.

Um ponto negativo, presente no Rascunho 3, é a possibilidade de não homologação de sentenças estrangeiras sob o argumento de que estariam em contraposição à *ordre public*, como se verifica da redação do art. 12.11. Essa orientação foi substituída por uma determinação genérica, mas que permeia todo o texto da proposta da presidência, tanto a respeito do reconhecimento da responsabilidade, seu alcance, quanto ao acesso à jurisdição, determinando que todas as disposições do futuro instrumento internacional devam ser submetidas às disposições legais e administrativas domésticas. Ou seja, o ordenamento jurídico nacional prevalece, a despeito do papel das normas internacionais, especialmente de direitos humanos, exercerem a função de estimularem avanços positivos para o direito doméstico.

Como se observa, o terreno da extraterritorialidade que seria o coração da eficácia de um tratado internacional com a finalidade de responsabilizar empresas transnacionais por violações de direitos humanos continua sendo um dos pontos mais controversos e de maior disputa no processo de negociação.

### 3 Considerações finais

A existência de barreiras ao acesso à justiça das vítimas de violações de direitos humanos, cometidas pela conduta de empresas transnacionais, e o uso de mecanismos extraterritoriais é tema em disputa. A prevalência das opções nacionais de adoção (ou não) de mecanismos de jurisdição extraterritorial gera o risco de eventual rechaço de ações consideradas com pouco ou nenhum vínculo com o foro, deixando de se considerar o dever dos Estados em promover o universalismo dos direitos humanos.

Por outro lado, a negociação de um tratado que estabeleça tais mecanismos tem caminhado com obstáculos, não se vislumbrando o consenso necessário para que se adote um texto voltado à efetiva criação de mecanismos de proteção das vítimas.

A situação analisada neste artigo revela um bloqueio de opções às vítimas, em casos de danos graves cometidos por empresas transnacionais em jurisdições com poder regulatório frágil ou com ofensas ao devido processo legal (procedimental ou substancial).

<sup>19</sup> Disponível em: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F49%2F65%2Fadd.1&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>. Acesso em: 01 nov. 2022

<sup>20</sup> Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/wgtranscorp/session8/2022-10-06/igwg-8th-suggested-chair-proposals.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2022.

## Referências

- ALLENDE, S. *Salvador Allende*: Naciones Unidas, 1972. <http://www.abacq.net/imagineria/cronolo4.htm>.
- ARAGÃO, D. M. *Responsabilidade como legitimação*: capital transnacional e governança global na organização das Nações Unidas. 2010. Disponível em: [https://www.maxwell.vrac.pucrio.br/Busca\\_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=17468@1](https://www.maxwell.vrac.pucrio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=17468@1).
- DEVA, S. *Corporate human rights violations*: A case for extraterritorial regulation. Handbook of the Philosophical Foundation of Business Ethics. New York, 2012.
- DEVA, S. Treating human rights lightly: a critique of the consensus rhetoric and the language employed by the Guiding Principles. In BILCHITZ, D, DEVA, S. *Human rights obligations of business*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (org.). *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalía Ed, 2003.
- GALINDO, Cristina. *Quando as empresas são mais poderosas que os países*. Disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/03/economia/1509714366\\_037336.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/03/economia/1509714366_037336.html). Último acesso em 01/11/2022.
- GRABOSCH, R. *La loi allemande sur le devoir de vigilance*. L'Allemagne pose de nouveaux jalons pour la protection des droits humains. 2022. Disponível em: <https://library.fes.de/pdf-files/iez/18892.pdf>. Acesso em: 17 out. 2022. 10:45.
- MULLENIX, Linda S. Due process, general personal jurisdiction, and F-Cubed litigation: the extraterritorial reach of American State Courts over foreign nation corporations for alleged human rights violations., *Public Law Research Paper*, n. 525, *University of Texas School of Law*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2335510>. Acesso em: 10 Aug. 2022.
- NATIONAL Action Plans on Business and Human Rights in Latin America. Analysis of Colombia, Mexico and Chile. *Cadernos de Pesquisa Homa*, v. 1, n. 4, 2018. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2018/10/Caderno-de-Pesquisa-Homa-Planos-Nacionais-de-A%C3%A7%C3%A3o-EN.pdf>
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- SCHUTTER, Olivier de. *The Elements for the draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*: a comment. 2017. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/OralInterventions/OlivierDeSchutterSubject3.pdf>.
- STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *International Human Rights in context*. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- WEISSBRODT, D.; KRUGER, M. Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other business Enterprises with Regard to Human Rights. *American Journal of International Law*, v. 97, 2003.
- ZUBIZARRETA, J. H; RAMIRO, P. *Against the Lex Mercatoria*: proposals and alternatives for controlling transnational corporations. Madrid: OMAL, 2016.
- ZUBIZARRETA, J. H. *El tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales*. Una análisis desde la sociología jurídica. Madrid: Paz con Dignidad y OMAL, 2017.