



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

SOFIA SEWNARINE NEGRÃO

A ELABORAÇÃO DO TRATADO SOBRE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS: UMA
ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DO CONCEITO DE JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL
À LUZ DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO.

BELÉM - PA
2023

SOFIA SEWNARINE NEGRÃO

A ELABORAÇÃO DO TRATADO SOBRE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS: UMA
ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DO CONCEITO DE JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL
À LUZ DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO.

Dissertação apresentada à Banca de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, como requisito necessário para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Constitucionalismo, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

Orientadora: Prof^a. Dra. Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro.

BELÉM -PA
2023

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Pará
Gerada automaticamente pelo módulo Ficat, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)**

N385e Negrão, Sofia.
A ELABORAÇÃO DO TRATADO SOBRE DIREITOS
HUMANOS E EMPRESAS: UMA ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO
DO CONCEITO DE JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL À
LUZ DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO /
Sofia Negrão. — 2023.
139 f.

Orientador(a): Prof^a. Dra. Cristina Ribeiro
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Pará,
Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em
Direito, Belém, 2023.

1. Jurisdição Extraterritorial; Empresas Transnacionais;
Sistema Global; Sistema Interamericano. I. Título.

CDD 341.1

SOFIA SEWNARINE NEGRÃO

A ELABORAÇÃO DO TRATADO SOBRE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS: UMA
ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DO CONCEITO DE JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL
À LUZ DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO.

Dissertação apresentada à Banca de Mestrado do
Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade
Federal do Pará, como requisito necessário para a
obtenção do título de Mestre em Direito.

Data de aprovação: _____

Conceito: _____

Banca Examinadora:

Prof^ª. Dra. Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro – (Orientadora/Presidente)

Prof^ª. Dra. Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith

Prof. Dr. Breno Baía Magalhães

AGRADECIMENTOS

À Deus, que com sua bondade infinita tem me concedido bençãos inimagináveis na trajetória acadêmica e me ensinado sobre resiliência, além de ter me dado forças nos dias difíceis e me acompanhado em cada atividade em defesa de Direitos Humanos. Ebenézer, até aqui o senhor nos sustentou.

À minha mãe e meu pai, que muito fizeram para que eu pudesse estar concluindo mais uma etapa dos meus estudos. Com apoio financeiro, emocional e estrutural, foram as pessoas incansáveis que por madrugadas, dias e noites a fio, me acompanharam e me incentivaram, desde o início, a não me conformar e estar sempre “na ponta dos finos pelos do coelho”.

Às minhas avós Natinha e Maria (*in memoriam*), professoras e mulheres fortes que me ensinaram, com muito amor e carinho, o poder do conhecimento e o quanto ele é libertador. Assim como elas, minha rede de apoio foi essencial neste período, por isso, minha gratidão à minha irmã Layza, meus tios Ileiz, Luciano, Dilene e meus primos Kyzar e Kyslie. Obrigada por acreditarem em mim quando eu não acreditei e por serem sempre fontes de amparo.

Às minhas amigadas que conquistei na academia, em especial Raysa Alves, Ana Carolina Gomes e Eduarda Fonseca, que em todo o percurso do mestrado foram essenciais para que eu conseguisse perseverar e continuar no caminho dos estudos e leituras. Aos meus amigos do Direito que leram, releeram e me ouviram apresentar cada parte deste trabalho como ouvintes fiéis e interessados, Debora Henriques, José Robledo, Mário Henrique e aos meus demais amigos que com palavras e gestos de carinho, me auxiliaram a perseverar.

À minha Orientadora, Cristina Terezo que acreditou na minha evolução me deu a oportunidade de ingressar no mundo acadêmico e científico. A qual, por meio do seu olhar sensível às temáticas de Direitos Humanos me ensinou não somente sobre a pesquisa, mas também sobre a importância de atuar em defesa e proteção destes direitos. Gratidão pela orientação tão humanizada neste período pandêmico.

Ao final, além de agradecer as oportunidades que o ensino público me proporcionou, agradeço à todas as mulheres que lutaram para que pudéssemos nos expressar e alcançar lugares nos centros de poder. São como pontes para as próximas que virão.

*“Somente quando for cortada a última árvore,
pescado o último peixe,
poluído o último rio,
que as pessoas vão perceber que não podem comer dinheiro.”*

(Provérbio Indígena)

RESUMO

No âmbito dos Sistemas Internacionais existem iniciativas para conferir maior responsabilização às Empresas Transnacionais (ETNs) por meio da atribuição da jurisdição extraterritorial, tais como a Agenda da ONU que culminou com a criação dos *Drafts* para a construção de um instrumento juridicamente vinculante em matéria de Direitos Humanos e Empresas e, na esfera do Sistema Interamericano, a Opinião Consultiva nº 23/2017. Ambas as construções apresentam avanços normativos, embora conservem um paradigma estatocêntrico de responsabilidade. Nesse sentido, por meio de estudo comparado aliado aos métodos e técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, a pesquisa buscou responder a seguinte pergunta problema: De que forma o conceito de jurisdição extraterritorial empregado na elaboração do tratado sobre Direitos Humanos e Empresas apresenta congruências com o disposto no Sistema Interamericano sobre a matéria? Mediante a cognição entre as principais semelhanças ou contrastes na normativa sobre o tema nos referidos Sistemas, concluiu-se que, apesar de no Sistema Interamericano haver posicionamento mais restritivo sobre a aplicação da jurisdição extraterritorial do que aquele previsto nos rascunhos do tratado, o SIDH pode apresentar complementações sobre a interpretação e implementação normativa. Ademais, o posicionamento do referido Sistema a fim de conferir obrigações diretas à ETNs no que tange às medidas de reparação, são avanços sensíveis na normativa internacional e podem modificar a visão despersonalizada das empresas. Por outro lado, a perfuração do “véu corporativo” continua como entrave para a atribuição de responsabilidade ao longo das cadeias de valor.

Palavras-chave: Jurisdição Extraterritorial; Empresas Transnacionais; Sistema Global; Sistema Interamericano.

ABSTRACT

Under International Systems, there are initiatives to give greater responsibility to TNCs through the attribution of extraterritorial jurisdiction, such as the UN Agenda that culminated in the creation of Drafts for the construction of a legally binding instrument on Human Rights and Business and, in the sphere of the Inter-American System, Advisory Opinion No. 23/2017. Both constructions present normative advances, although they maintain a statocentric paradigm of responsibility. In this sense, through comparative study combined with the methods and techniques of documentary and bibliographic research, the survey sought to answer the following problem question: How is the concept of extraterritorial jurisdiction used in the drafting of the treaty on Human Rights and Business consistent with the provisions of the Inter-American system? Through the cognition between the main similarities or contrasts in the normative on the subject in these Systems, it was concluded that, although the Inter-American System has a more restrictive position on the application of extraterritorial jurisdiction than that set out in the drafts of the treaty, the IACHR can provide complementary interpretation and implementation of the normative. Furthermore, the positioning of the System to confer direct obligations on TNCs with regard to reparation measures is a significant advance in international legislation and could change the depersonalized view of companies. On the other hand, piercing the "corporate veil" remains an obstacle to the attribution of responsibility along value chains.

Keywords: Extraterritorial Jurisdiction; Transnational Corporations; Global System; Inter-American System.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos
CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CorteIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos
DII – Direito Internacional dos Investimentos
DIDH – Direito Internacional de Direitos Humanos
DUDH – Declaração Universal de Direitos Humanos
ETN – Empresa Transnacional
EUA – Estados Unidos da América
ETOs – Obrigações Extraterritoriais
GT – Grupo de Trabalho
ICSID – Convenção sobre a Resolução de Conflitos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados
ISDS – Mecanismo de Solução de Controvérsias Investidor-Estado
OEA – Organização dos Estados Americanos
OC – Opinião Consultiva
OECD – Organization for Economic Co-operation and Development
OEIGWG – Open Ended Inter-Governmental Working Group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights
OMC – Organização Mundial do Comércio
ONG – Organização Não Governamental
ONU – Organização das Nações Unidas
PNA – Plano Nacional de Ação
PIB – Produto Interno Bruto
REDESCA – Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais
RESG – Representante Especial sobre Empresas e Direitos Humanos
RSC – Responsabilidade Social Corporativa
SIDH – Sistema Interamericano de Direitos Humanos
UNGP – United Nations Guiding Principles
UNCTAD – Estrutura de Política de Investimento para o Desenvolvimento Sustentável

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 EMPRESAS TRANSNACIONAIS NO CENÁRIO INTERNACIONAL	20
2.1 EMPRESAS TRANSNACIONAIS NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO: OS CONTORNOS DA ARQUITETURA DA IMPUNIDADE	20
2.2 PRESSUPOSTOS PARA A DEFINIÇÃO DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL EM ÂMBITO INTERNACIONAL	32
2.2.1 Jurisdição estatal no Direito Internacional dos Direitos Humanos	35
2.2.2 O exercício da jurisdição extraterritorial pelos Estados	42
2.2.2.1 <i>Obstáculos para a aplicação da jurisdição extraterritorial</i>	47
3 EXTRATERRITORIALIDADE, DIREITOS HUMANOS E ATIVIDADES EMPRESARIAIS: NORMATIVA DO SISTEMA GLOBAL	55
3.1 OS <i>DRAFTS</i> DO INSTRUMENTO JURIDICAMENTE VINCULATIVO E JURISDIÇÃO TERRITORIAL: ESCOPO DE SUA APLICAÇÃO	69
3.1.1 Princípios e escopo do tratado e o grau de responsabilidade atribuído às empresas transnacionais: a modificação dos rascunhos ao longo do tempo	71
3.1.2 Extraterritorialidade e jurisdição: o alcance da jurisdição nos rascunhos do tratado	77
3.1.3 Devida diligência, assistência mútua e cooperação internacional: um diálogo possível nos rascunhos do tratado vinculante?	86
3.2 <i>THIRD DRAFT</i> : RECONSTRUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES OU MANUTENÇÃO DOS PRINCÍPIOS ORIENTADORES?.....	89
4 SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS TRANSNACIONAIS: A CONTRIBUIÇÃO DOS ESTÂNDARES INTERAMERICANOS SOBRE JURISDIÇÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE UM TRATADO JURIDICAMENTE VINCULANTE	97
4.1 O SISTEMA INTERAMERICANO NA PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS VIOLADOS POR EMPRESAS TRANSNACIONAIS	99
4.2 A RESPONSABILIDADE DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS NO ÂMBITO INTERAMERICANO	104
4.3 SISTEMA INTERAMERICANO E JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL: ESTÂNDARES APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS TRANSNACIONAIS	109
4.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXPERIÊNCIA INTERAMERICANA PARA A CONSTRUÇÃO DE UM INSTRUMENTO JURIDICAMENTE VINCULANTE SOB A PERSPECTIVA DA JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL	118
CONSIDERAÇÕES FINAIS	122
REFERÊNCIAS	127

1 INTRODUÇÃO

Moradores ribeirinhos da Vila de Barcarena, cidade brasileira pertencente ao Estado do Pará¹, cujas principais atividades econômicas realizadas na região são a pesca, caça e extrativismo², relatam a existência de mercúrio correndo em suas vias sanguíneas e tecido epitelial de tal forma que seus cabelos caem, a pele corrói e desenvolvem-se doenças com danos irreversíveis³. Crianças nascem com problemas cerebrais, pessoas apresentam queimaduras corporais sem motivo externo aparente e a água do rio, que antes era utilizada para a realização de atividades básicas, é aos poucos constatada como imprópria para uso⁴.

O direito à saúde e ao meio ambiente equilibrado destas pessoas foi seriamente afetado pelo depósito de rejeitos químicos realizado pelo empreendimento industrial Albrás/Alunorte⁵ instalado em 1980, situado nas redondezas da vila de Barcarena, próximo à capital paraense. A implementação da empresa é resultado de instalação de um complexo industrial portuário que deslocou mais de mil famílias moradoras da região, bem como acarretou a poluição industrial permanente e a ocorrência de acidentes ambientais⁶.

A empresa em questão fatura todos os meses milhões de reais pela sua atividade extrativa de matéria prima bruta da bauxita para transformá-la em Alumina – produto utilizado para a produção de eletrônicos e demais instrumentos que possuem o alumínio como base – tem hoje como principal acionista a da empresa Norsk Hydro Brasil LTDA⁷, uma

¹ “O estado do Pará se constitui num dos espaços de intensos processos desencadeados com a implantação de grandes empreendimentos econômicos na região norte a partir do modelo de desenvolvimento conduzido pelos governos da ditadura militar (1964-1985)” (NASCIMENTO, Nádia Socorro Fialho; HAZEU, Marcel Theodor. Grandes empreendimentos e contradições sociais na Amazônia: a degradação da vida no município de Barcarena, Pará. **Argumentum**, v. 7, n. 2, p. 288-301, 2015, p. 289).

² Nascimento; Hazeu, *op. cit.*, p. 295.

³ ALEPA. Danos Ambientais na Bacia Hidrográfica no Rio Pará. **Comissão Parlamentar de Inquérito**. Disponível em: <https://blogdobordalo.com/wp-content/uploads/2020/02/RELATORIO-FINAL-CPI-BARCARENA-COM-FOTOS.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2020.

⁴ PEREIRA, Simone de Fátima Pinheiro. Desastres Sócio-Étnico-Técnico-Ambientais em Barcarena. **Dossiê Desastres e Crimes da Mineração em Barcarena**, Mariana e Brumadinho. Edna Ramos de Castro, Eunápio Dutra do Carmo. Belém: NAEA: UFPA, 2019, p. 89. Disponível em: https://livroaberto.ufpa.br/jspui/bitstream/prefix/1190/1/Livro_DossieDesastresCrimes.pdf. Acesso em: 05 jul. 2023.

⁵ Um dos maiores empreendimentos instalados na região amazônica, em detrimento da população tradicional local e seu modo de vida (Nascimento; Hazeu, *op. cit.*, p. 890).

⁶ Segundo Nascimento e Hazeu, até o ano de 2015, cerca de 1622 famílias foram deslocadas e sofreram por impactos de acidentes ambientais, tais como carreamento de lama vermelha nos rios, morte de peixes, nuvens de fuligem, contaminação de poços, vazamento de óleo combustível, vazamento de caulim nas bacias e, em 2015, vazamento de óleo combustível e contaminação pela decomposição de 5.000 cabeças de gado mortas no rio Pará, em decorrência do naufrágio de navio (Nascimento; Hazeu, *op. cit.*, p. 296).

⁷ NAZARÉ, Mailson Lima; DO NASCIMENTO, Paula Mayara Rodrigues; PENHA, Rafael Santos. Grandes projetos em Barcarena-PA: impactos socioambientais causados pelas atividades da Hydro Alunorte. **Revista do**

transnacional Norueguesa instalada no Pará em decorrência não somente de suas características naturais propícias para a extração de minério, mas também pela conjuntura política e econômica complacente aos interesses empresariais⁸.

Com baixas taxas e reduzidos trâmites de instalação decorrentes da flexibilização formal (brechas legislativas e promulgação de leis brandas) ou informal (*lobby* que permite que uma empresa pule etapas ou não cumpra com requisitos previstos em lei) das normas brasileiras, o país torna-se um lugar especialmente atrativo para a instalação de diversas empresas, que possuem como atividade primordial básica a extração de matéria-prima ou o funcionamento de indústrias⁹.

No Brasil, a prática de violações é recorrente. O rompimento da barragem de fundão em Minas Gerais que levou à morte mais de 200 pessoas e o aparecimento de sequelas irreversíveis nos sobreviventes que tiveram contato direto com os rejeitos tóxicos, reporta a uma das principais tragédias ambientais brasileiras; estudiosos e especialistas sobre a temática tendem a não utilizar o termo “acidente” ao se referir sobre o acontecido, visto que a expressão pode acarretar em uma interpretação desvinculada de responsabilidades¹⁰, pois as atividades da empresa Samarco Mineração S/A¹¹ eram classificadas como uma das empresas de mais alto risco¹².

A inexistência de planos de contingências para a prevenção de danos e impactos ambientais e a ocorrência de danos que atingiram terras indígenas foram elementos considerados, no plano internacional, como violadores de Direitos Humanos dos atingidos pela tragédia e igualmente transgressores da Convenção n.º 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais¹³.

Os efeitos são alarmantes e as consequências para os conglomerados empresariais são

Instituto Histórico e Geográfico do Pará (IHGP), Belém, v. 05, n. 02, p. 98-117, jul./dez. 2018. p. 103. Disponível em: <https://www.ihgp.net.br/revista/index.php/revista/article/view/130/pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

⁸ Nazaré; do Nascimento; Penha, *op. cit.*, p. 103.

⁹ Nascimento; Hazeu, *op. cit.*, p. 295.

¹⁰ LACAZ, Francisco Antônio de Castro; PORTO, Marcelo Firpo de Sousa; PINHEIRO, Tarcísio Márcio Magalhães. Tragédias brasileiras contemporâneas: o caso do rompimento da barragem de rejeitos de Fundão/Samarco. **Revista brasileira de saúde ocupacional**, v. 42, p. 9, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbso/a/5K38Dp8mVGv6jyghLGzPNGG/?format=html>. Acesso em: 07 jun. 2023.

¹¹ Hoje estão sob o controle acionário da empresa Vale com 50% e da empresa PHP *Billion* Brasil com a outra metade (*Ibid.*, p. 1).

¹² “Do ponto de vista ambiental era classificada na categoria III, a de mais alto risco em função da altura do maciço, volume do reservatório, ocupação humana a jusante, interesse ambiental e instalações à jusante da barragem, conforme a legislação em vigor”. FARIA, Mário Parreiras de; BOTELHO, Marcos Ribeiro. O rompimento da barragem de Fundão em Mariana, Minas Gerais, Brasil: a incubação de um acidente organizacional. **Methodology**, v. 1, p. 9, 2018. Disponível em: <https://www.rpso.pt/rompimento-da-barragem-fundao-mariana-minas-gerais-brasil-incubacao-um-acidente-organizacional/>. Acesso em: 07 jun. 2023.

¹³ Lacaz; Antonio; Porto, *op. cit.*, p. 2.

quase sempre reduzidas ou inexistentes, o que as torna cada vez mais fortalecidas para praticar com reincidência a violação de Direitos Humanos que afetam a vida, integridade pessoal, meio ambiente, direitos trabalhistas, saúde e entre outros. Sobretudo em países latino-americanos, que possuem uma busca histórica por investimento global e, portanto, grande interesse em se tornar local atrativo para a instalação de corporações¹⁴.

Em aspecto macro, as pessoas afetadas são incontáveis ao redor das regiões onde ocorreram os desastres ambientais. Em Barcarena, quem possuía como fonte de renda e alimentação primária a pesca, caça e extrativismo, sofre com a contaminação das águas e alimentação em uma cadeia de difícil prospecção, o que revela a presença da Amazônia no contexto histórico das necessidades capitalistas¹⁵. Em Minas Gerais, a tragédia ocorrida alude a uma atuação empresarial que possuía previsibilidade das violações, embora nada tenha sido planejado para conter, prevenir ou reparar possíveis violações.

Em aspecto micro, as evidentes sequelas sofridas por essas pessoas nos levam à reflexão sobre de quem parte as ordens que levam à negligência generalizada e/ou violações diretas de Direitos Humanos com reduzida ou inexistente punição pelas leis domésticas, visto a ocorrência de ligações e padrões de conduta que revelam uma conexão global.

A realidade contemporânea capitalista¹⁶ identifica a natureza de uma Empresa Transnacional por meio da incorporação e ligação entre empresas e suas filiais estrangeiras.¹⁷ Tal multiplicidade de localizações e entes faz com que a busca por reparação se torne ainda mais obscura, tanto para os que foram afetados pelas violações, quanto para aqueles que os representam na busca por demandas efetivas de reparação e de não repetição. As empresas são denominadas de pessoas “sem rosto”, por não possuírem identidade específica e se moldarem de maneira ágil¹⁸, em um rastro de difícil conexão, visto que o local

¹⁴ ROLAND, Manoela C.; SOARES, Andressa O.; BREGA, Gabriel R.; OLIVEIRA, Lucas De S.; CARVALHO, Maria Fernanda C. G.; ROCHA, Renata P. Cadeias de Valor e os impactos na responsabilização das empresas por violações de Direitos Humanos. *In: Cadernos de Pesquisa Homa*. v. 1, n. 5, 2018, p. 7.

¹⁵ Nascimento; Hazeu, *op. cit.*, p. 289.

¹⁶ Para Gonzalo Berrón, hiperempresas podem ser definidas por meio da lógica “fusão/aquisição ou morte”, por meio das quais são “empresas que são proprietárias de empresas que são proprietárias de empresas, e assim sucessivamente”. BERRÓN, Gonzalo. Poder econômico, democracia e direitos humanos. **SUR–Revista Internacional de Derechos Humanos. Revista Sur**, v. 11, n. 20, 2014, p. 127-128. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33867.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2023.

¹⁷ “São empresas incorporadas ou não incorporadas que incluem a empresa matriz e suas afiliadas estrangeiras”. UNCTAD. **World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies**. 2012. Disponível em: <https://unctad.org/en/PublicationChapters/.pdf>. Acesso em: 08. abr. 2022.

¹⁸ BRENNAN, Brid; BERRÓN, Gonzalo. Hacia una respuesta sistemática al capital transnacionalizado. América Latina en Movimiento. *In: ALAI-TNI. Agencia Latinoamericana de Información–Transnational Institute. Capital transnacional vs Resistencia de los pueblos*, Quito, **ALAI**, n. 476, jun. 2012. p. 476. Disponível em: <https://www.alainet.org/sites/default/files/alai476w.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2023.

onde as partes de um produto foram constituídas é diverso daquele em que ocorre sua montagem final.

Assim, a fluidez de constituição e incorporação desafiam as fronteiras territoriais¹⁹ anteriormente fixadas como aparato do exercício da soberania de um Estado, de maneira que responsabilizar empresas transnacionais por violações de Direitos Humanos se tornou um dos maiores desafios em escala global. Isto ocorre porque, desde a reconfiguração da concentração de riqueza em atores como hiperempresas²⁰, o cenário capitalista global se modificou para que os entes empresariais pudessem reverberar seus interesses com o intuito de concretizar sua consolidação e fixação em um local de desenvolvimento de atividades corporativas.

São os representantes das grandes corporações os principais milionários do mundo, e concomitantemente, as pessoas que possuem grande poder de influência política²¹, o que permite a realização de *lobby* para a perpetuação de interesses em escala internacional e doméstica, seja por meio da promulgação de normas brandas, execução de atividades sem a incidência das normas vigentes ou de julgamento sem resolução favorável para as vítimas de violações.

As ações perpetradas com o objetivo de perpetuar os interesses empresariais sem sanções por atos violadores são explicadas pela arquitetura da impunidade²². Por meio dela, os atores empresariais procuram o ambiente mais fértil para a frutificação de suas ambições, ainda que isso possa custar vidas humanas e degradação da natureza, desde que garanta a obtenção de lucros vultuosos. Nesse aspecto, um dos locais propícios para a escolha de fixação das subsidiárias são países Latino-Americanos, como o Brasil e, em escala global, os países em desenvolvimento que possuem características estruturais semelhantes, os anteriormente chamados países do sul global²³.

Em resposta às tentativas frustradas de responsabilização e regulação empresarial no local onde são instaladas suas subsidiárias, começa a busca pela atribuição de responsabilidade sob os atos das empresas que as controlam ou possuem relações de comando

¹⁹ MCCORQUODALE, Robert; SIMONS, Penelope. Responsibility beyond borders: state responsibility for extraterritorial violations by corporations of international human rights law. **The Modern Law Review**, v. 70, n. 4, p. 598-625, 2007, p. 599.

²⁰ Berrón, *op. cit.*, p. 127-128.

²¹ ZUBIZARRETA, Juan Hernández; RAMIRO, Pedro. Against the “Lex Mercatoria”: proposals and alternatives for controlling transnational corporations, Madrid, **OMAL**, p. 7-105, 2016, p. 13. Disponível em: https://omal.info/IMG/pdf/against_lex_mercatoria.pdf. Acesso em: 20 ago. 2022.

²² Zubizarreta; Ramiro, *op. cit.*, p. 18.

²³ ROLAND, Manoela Carneiro; *et al.* Cadeias de Valor e os impactos na responsabilização das empresas por violações de Direitos Humanos. *In: Cadernos de Pesquisa Homa*. v. 1, n. 5, 2018, p. 5.

no local de origem das decisões emanadas para os demais entes interligados ao redor do globo. Nos contornos atuais, visto a inexistência de personalidade jurídica internacional das empresas, as atribuições ocorrem de forma doméstica e, por essa razão, a responsabilidade empresarial está intimamente ligada ao exercício da jurisdição de um Estado sobre condutas realizadas ou que seus efeitos foram sentidos em outros territórios, ou seja, jurisdição extraterritorial²⁴.

O impasse para o alcance das reparações se reflete pela existência de um véu corporativo no qual as pessoas jurídicas empresariais são reguladas pela responsabilidade limitada, ou seja, elas normalmente não respondem pelas atividades realizadas por suas filiais fixadas no estrangeiro²⁵. Para que o véu corporativo seja “perfurado ou levantado”, dentro dos critérios usualmente utilizados pelos Estados, é necessária a comprovação da existência de ligação entre a empresa matriz e sua subsidiária suficiente para que o véu seja desconsiderado, o que varia conforme é atribuída jurisdição ao Estado para lidar com a demanda, seja com o auxílio regulamentar ou por meio da eleição do foro competente para julgar a demanda²⁶.

O levantamento do véu corporativo, por meio da responsabilização que atenda o caráter extraterritorial das atividades violadoras, bem como a atribuição de responsabilidade ao longo das cadeias de valor, é outro desafio que envolve o exercício da jurisdição estatal nos instrumentos normativos²⁷. Tal obstáculo é potencializado quando se considera a reduzida ou inexistente capacidade de responsabilização de ETNs nos Estados em que suas subsidiárias operam suas atividades e a dificuldade normativa na esfera do Direito Internacional, em atribuir responsabilidade ao Estado de origem empresarial para que adote medidas de ordem doméstica sobre as violações²⁸. Assim, a jurisdição extraterritorial torna-se elemento normativo primordial para a garantia de bases protetivas envolvendo a atuação de transnacionais.

Apesar de haver um tratado sobre o tema no âmbito do Sistema Global de Proteção de

²⁴ RIVERA, Humberto Cantú. **Extraterritorial obligations of States in the business and human rights context: navigating a new era of business and human rights**. p. 731, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Joana-22-Cassinerio/publication/339041642_Navigating-a-New-Era-of-Business-and-HumanRights.pdf#page=219. Acesso em: 08 abr. 2023.

²⁵ RIVERA, Humberto Cantú. Empresas y derechos humanos; ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo? **Anuario mexicano de derecho internacional**, v. 13, 2013, p. 313-354.

²⁶ VASTARDIS, Anil Yilmaz; CHAMBERS, Rachel. Overcoming the corporate veil challenge: could investment law inspire the proposed business and human rights treaty? **International & Comparative Law Quarterly**, v. 67, n. 2, 2018, p. 396.

²⁷ CERQUEIRA, Daniel; PAMPLONA, Danielle. Jurisdição extraterritorial: um passo necessário para enfrentar abusos corporativos. Dificuldades em Responsabilizar corporações transnacionais por violações de Direitos Humanos cometidas no exterior. In: ROLAND, Manoela; ANDRADE, Pedro. **Direitos Humanos e Empresas: responsabilidade e jurisdição**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 505.

²⁸ Berrón, *op. cit.*, p. 12.

Direitos Humanos em vias de construção (estruturação de *Drafts*), ainda não existe internacionalmente norma vinculante vigente sobre a temática, de forma que as medidas domésticas a serem adotadas dependem da adesão voluntária de normas, como os Princípios Orientadores sobre Direitos Humanos e Empresas, alvos de críticas em razão da sua estrutura e imprecisão de conceitos que não atenderiam à proteção de Direitos Humanos com base em uma natureza transnacionalizada empresarial.

Em nível internacional, ainda que os entes empresariais firmem acordos e estabeleçam direitos e deveres referentes à sua atuação (e demais temas relacionados à investimentos e mercado financeiro) e instalação de suas atividades mediante convenções bilaterais de forma privada, no âmbito do Direito Internacional de Direitos Humanos (DIDH) ainda há um paradigma estatocêntrico que pressupõe a responsabilidade Estatal por violações cometidas por ETNs.

Tal obstáculo também revela a necessidade de não somente se obter um instrumento vinculante que regule estes entes com base em uma atuação que proteja Direitos Humanos, mas seja vetor para que as normas domésticas e de aplicação forneçam de fato elementos que tornem as empresas passíveis de responsabilização sem o esvaziamento normativo mediante uma evasão de sua responsabilidade.

A trajetória dos Sistemas Internacionais de Proteção de Direitos Humanos demonstra preocupação latente sobre as violações de Direitos Humanos praticadas por empresas²⁹. No Sistema ONU, a movimentação para a criação de obrigações internacionais sobre a temática culminou inicialmente com a criação dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, caracterizados pela voluntariedade e por sua função norteadora da atuação Estatal ante às atividades empresariais³⁰. Atualmente, o instrumento juridicamente vinculante em fase de debates sobre o assunto ainda conserva estrutura semelhante aos Princípios, embora denote avanços nesta seara por abordar a dinâmica jurisdicional que envolve o cenário transnacionalizado³¹.

Em paralelo, o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos (SIDH),

²⁹ PORTILHA, Molina. Sistema interamericano, empresas transnacionales mineras y estados de origen: impropriedad de la excepción de falta de jurisdicción entre estados miembros. **International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional**, p. 57-92, 2016, p. 90.

³⁰ DE SCHUTTER, Olivier; et al. **Human Rights Due Diligence: The Role of States**, p. 9, 2012. Disponível em: <http://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2015/05/De-Schutter-et-al.-Human-Rights-Due-Diligence-The-Role-of-States.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023.

³¹ BIALEK, Julia. Evaluating the Zero Draft on a UN Treaty on Business and Human Rights: What Does it Regulate and how Likely is its Adoption by States? **Goettingen J. Int'l L.**, v. 9, 2018, p. 515. Disponível em: https://gojil.eu/issues/93/93_article_bialek.pdf. Acesso em: 30 abr. 2023.

como sistema regional que abrange países hospedeiros de grandes empresas, também apresenta posicionamentos que observam a necessidade de aplicação da jurisdição extraterritorial. Como exemplo, a Opinião Consultiva n.º 23/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e o Relatório “Empresas e Direitos Humanos: Estândares Interamericanos” da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que retratam o aprofundamento sobre a temática³².

Segundo Roland e Ramos, a extraterritorialidade seria o “coração” da estrutura de um documento juridicamente vinculante e, portanto, essencial para conferir eficácia protetiva a um conteúdo normativo com vistas a proteger Direitos Humanos e a ausência deste instituto seria capaz de “esvaziar o conteúdo do tratado”³³.

Desta feita, a análise da produção normativa sobre a temática ganha relevância em decorrência de seu papel primordial na busca por responsabilidade de ETNs e ante a ausência de um tratado internacional vinculante, os órgãos supranacionais têm tido papel central na interpretação dos instrumentos vigentes com o intuito de versar sobre as obrigações dos Estados de origem das matrizes empresariais e daqueles que abrigam suas atividades³⁴.

Com efeito, o presente estudo buscou responder a seguinte pergunta problema: de que forma o conceito de jurisdição extraterritorial empregado na elaboração do tratado sobre Direitos Humanos e Empresas apresenta congruências com o disposto no Sistema Interamericano sobre a matéria?

Para isso, o estudo foi direcionado por meio do método de estudo comparado entre a produção normativa do Sistema ONU – com enfoque na produção dos *Drafts* para um instrumento vinculante – e os documentos desenvolvidos pelo Sistema Interamericano sobre a temática³⁵. A análise foi desenvolvida mediante a cognição entre as principais semelhanças ou contrastes na normativa sobre o tema nos referidos Sistemas a fim de identificar as principais contribuições para o debate.

³² CERQUEIRA, Daniel. The Attribution of Extraterritorial Liability for the Acts of Private parties in the InterAmerican System: Contributions to the Debate on Corporations and Human Rights. **Aportes DPLF**, n. 20, n. 8, ago, p 18-21, p. 22, 2015.

³³ RAMOS, André de Carvalho; ROLAND, Manoela Carneiro. Da jurisdição de necessidade ao tratado vinculante: a saga do acesso transnacional à justiça das vítimas de atividades de empresas transnacionais. **Revista de Direito Internacional**, v. 19, n. 2, 2022, p. 65.

³⁴ CERQUEIRA, Daniel. La atribución de responsabilidad extraterritorial por actos de particulares en el sistema interamericano: Contribuciones al debate sobre empresas y derechos humanos. **Aportes DPLF: Revista de la Fundación para el Debido Proceso**, v. 8, n. 20, 2015, p. 18-21. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35399.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023.

³⁵ GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 17.

A investigação foi pautada com base no defendido por Roland e Angelucci³⁶, que apontam a ausência de neutralidade na produção normativa sobre Direitos Humanos e empresas, bem como Cruz e Oliviero³⁷ os quais inferem que a aplicação normativa é moldada conforme os paradigmas e ideologias da atualidade, ou seja, direcionamento seguido pelas transformações ocorridas, de forma a assimilar também que a produção normativa internacional sobre empresas pode sofrer influências externas capaz de moldá-las conforme os interesses predominantes.

Acerca das terminologias utilizadas para definir o fenômeno estudado, Gibney explica que os estudiosos empregaram uma variedade de termos para descrever o conceito com o mesmo significado, sendo assim “transnacional, Estado terceiro, transfronteiriço e internacional”, entre outros³⁸. O termo “extraterritorial” é utilizado nessa pesquisa, pois conforme definido pelo autor, é amplamente aceito e mais comumente utilizado pela comunidade internacional³⁹. Assim, as demais menções às condutas violadoras que ultrapassam os limites territoriais serão abordadas por meio desta terminologia.

Para isso, conforme as classificações propostas por Gil⁴⁰, a presente pesquisa foi constituída pela aplicação de abordagens técnicas em dupla face: em parte, constituindo-se da pesquisa bibliográfica e, em outra, como pesquisa documental. Por meio das técnicas específicas destes dois tipos de pesquisa com a finalidade de obter uma relação ampla de dados que permitam responder a problemática.

Para este propósito, em primeiro momento são analisados os conceitos básicos sobre jurisdição utilizados no Direito Internacional Público e suas implicações para a proteção de Direitos Humanos com base nas classificações sobre jurisdição, jurisdição extraterritorial e estado da arte sobre o tema, com o intuito de considerar o conceito de jurisdição extraterritorial e suas possibilidades de aplicação.

Nesta etapa da pesquisa, foram utilizados os métodos e técnicas inerentes ao protocolo

³⁶ ROLAND, Manoela Carneiro; ANGELUCCI, Paola Durso. O Processo de Elaboração do Tratado de Direitos Humanos e Empresas: uma oportunidade de superação da perspectiva estadocêntrica adotada pelo direito internacional público. **Conpedi**, 2016. p. 406. Disponível: [³⁷ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Novos estudos jurídicos**, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/3635/2178>. Acesso em: 30 jun. 2023.](http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2017/03/O-PROCESSO-DE-ELABORA%20C3, v. 87, p. C3. Acesso em: 15 abr. 2022.</p>
</div>
<div data-bbox=)

³⁸ GIBNEY, Mark. The historical development of extraterritorial obligations. *In: The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations*. Routledge, p. 13. 2021.

³⁹ *Ibid.*, p. 13.

⁴⁰ Gil, *op. cit.*, p. 57.

da pesquisa de revisão de literatura⁴¹, com a sumarização de todos os estudos prévios sobre a temática abordada, a fim de verificar o estado do conhecimento sobre o assunto com a identificação das principais lacunas e esclarecer os principais conceitos utilizados na pesquisa⁴².

Em uma segunda etapa, é realizada uma análise da normativa internacional voltada para o Sistema da Organização das Nações Unidas (ONU). Nesta fase de revisão documental, com base na atribuição da responsabilidade civil, foi analisada a incorporação da jurisdição extraterritorial nos rascunhos (*ou Drafts*) para a criação de um instrumento juridicamente vinculante sobre Direitos Humanos e Empresas com ênfase na última versão publicada (*Third Draft*).

Tal escolha metodológica de análise sob a égide da responsabilidade civil foi realizada com base no argumento de Birchall⁴³, que ao analisar um dos rascunhos do tratado⁴⁴, compreendeu que no texto do *Draft* existem duas formas de responsabilização: a civil e a penal. Dentre elas, optou por analisar a responsabilidade civil pelos seguintes fundamentos: i) O Direito Internacional dos Direitos Humanos em sua grande maioria aplica-se aos Estados e não cria crimes; ii) quando tratada no campo da responsabilidade civil, a noção de violação de Direitos Humanos possui maiores controvérsias.

A revisão por meio da análise da documentação indireta⁴⁵ se direcionou sob alguns pilares: a utilização dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos de John Ruggie (2004), críticas sobre sua formulação e os debates decorrentes dos primeiros rascunhos para a criação do Tratado Vinculante sobre Empresas e Direitos Humanos. Tais documentos e debates são pertinentes para a concepção da jurisdição extraterritorial acerca das atividades empresariais no âmbito da Organização das Nações Unidas e norteiam os demais documentos que abordam a temática.

Ao concluir que ainda persistem lacunas oriundas da lógica perpetuada pelos

⁴¹ VON HOHENDORFF, Jean. Como escrever um artigo de revisão de literatura. In: KOLLER, Sílvia H.; COUTO, Maria Clara P. de Paula; VON HOHENDORFF, Jean (Orgs.). **Manual de Produção Científica**. Porto Alegre: Penso, 2014, p. 40.

⁴² Gil, *op. cit.*, p. 74.

⁴³ BIRCHALL, David. Between Apology and Utopia: The Indeterminacies of the Zero Draft Treaty on Business and Human Rights. **Suffolk Transnat'l L. Rev.**, v. 42, 2019, p. 292. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/between-apology-and-utopia-the-indeterminacies-of-the-zero-draft-treaty-on-business-and-human-rights/>. Acesso em: 08 abr. 2023.

⁴⁴ Birchall ao analisar o *Zero Draft* notou algumas características específicas inerentes às decisões para a criação de um tratado que verse sobre as atividades empresariais, algumas escolhas relacionadas no decorrer dos rascunhos se perpetuaram até o último rascunho publicado.

⁴⁵ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina. **Fundamentos de metodologia científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 193.

Princípios Orientadores aos *Drafts*, a pesquisa perpassa também pela análise documental dos textos produzidos pelo Sistema Interamericano de Proteção (SIDH), visto que o Sistema Regional, em razão de sua localização geográfica e características dos países do sul global como Estados-Parte, enfrenta problemas acerca da atuação empresarial transnacionalizada na região. Por essa razão, buscou-se analisar o posicionamento do SIDH em relação à jurisdição extraterritorial sob a temática de Direitos Humanos e empresas.

A última etapa desta pesquisa pretendeu apresentar de forma sistemática os resultados em um apanhado geral sobre tudo o que fora analisado nas fases do estudo, com a percepção das possibilidades, dificuldades e lacunas encontradas no percurso da pesquisa, de forma a concluir que, apesar de no Sistema Interamericano haver posicionamento mais restritivo sobre a aplicação da jurisdição extraterritorial do que aquele previsto nos rascunhos do tratado, o SIDH apresenta implicações conceituais semelhantes ou em alguns momentos complementares para a construção dos *Drafts*.

Embora os problemas decorrentes da ausência de delimitação normativa sobre a temática persistam no Sistema Interamericano, tal fator demonstra a ausência de neutralidade na produção normativa e observa influência direta dos interesses empresariais na construção das regulamentações. Desse modo, as lacunas não foram ocasionadas de forma “desinteressada” de sua formulação, mas sim são oriundas de um processo de produção normativo que envolve a influência de ETNs, de maneira que a ausência de obrigações vinculantes diretas à Empresas continua a ser um dos maiores obstáculos para a garantia de Direitos Humanos em um momento global transnacionalizado.

Assim, observa-se que o Sistema Interamericano vem atribuindo obrigações diretas às corporações em suas manifestações, tal como as recomendações realizadas ao final do Relatório sobre Direitos Humanos e empresas e em decisão mais recente, no caso *Empregados da Fábrica de Fogos vs. Brasil*, por meio do qual atribuiu medidas de reparação diretamente à empresa violadora. Neste aspecto, observa-se uma nova via em matéria internacional, mas que ainda apresenta alguns desafios, tais como o levantamento do véu corporativo internacional e a responsabilização das empresas ao longo das cadeias de valor.

2 EMPRESAS TRANSNACIONAIS NO CENÁRIO INTERNACIONAL

2.1 EMPRESAS TRANSNACIONAIS NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO: OS CONTORNOS DA ARQUITETURA DA IMPUNIDADE

Desde o processo de criação das corporações transnacionais, elas são entendidas como entidades legais e pessoas jurídicas separadas, que vão além de seus acionistas, diretores e executivos. Assim, apesar de terem responsabilidade limitada pelos seus atos, elas podem possuir, controlar e administrar outras corporações que são conhecidas como suas subsidiárias⁴⁶. Isso ocorre em virtude de sua característica de constituição constante em uma empresa mãe (matriz) situada, por vezes, em um Estado e as demais filiais “nacionais”, nos Estados onde operam⁴⁷.

Estes entes empresariais, que desafiam as fronteiras territoriais dos Estados, são denominados de empresas multinacionais ou transnacionais. Ahmad refere-se ao termo “multinacionais” quando uma empresa subsidiária está localizada em outro país, em razão do uso do termo pelo direito societário empresarial. O termo “transnacional” é utilizado para definir tais empresas que são incorporadas pelas matrizes ou filiais estrangeiras ao redor do mundo e é empregado, atualmente, pelas iniciativas recentes da ONU, em regulamentar empresas, que se situam em mais de uma jurisdição ou Estado⁴⁸. Por esta razão, para a congruência entre as terminologias utilizadas, no corpo dessa dissertação, será empregado o termo “empresas transnacionais” ao se referir às empresas situadas em duas ou mais jurisdições.

Este grande conglomerado empresarial está progressivamente mais presente nesta etapa do capitalismo global⁴⁹, em que há uma reconfiguração da concentração de riqueza em

⁴⁶ AHMAD, Hassan. The Jurisdictional Vacuum: Transnational Corporate Human Rights Claims in Common Law Home States. *The American Journal of Comparative Law*. v. 70, 2022, p. 227–274.

⁴⁷ Mccorquodale; Simons, 2007, *op. cit.*, p. 599.

⁴⁸ Tais como os *Drafts* para a construção de um instrumento vinculante em matéria de Direitos Humanos e empresas. “1.3. ‘Business activities’ means any economic or other activity, including but not limited to the manufacturing, production, transportation, distribution, commercialization, marketing and retailing of goods and services, undertaken by a natural or legal person, including Stateowned enterprises, financial institutions and investment funds, transnational corporations, other business enterprises, joint ventures, and any other business relationship undertaken by a natural or legal person. This includes activities undertaken by electronic means”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Third Revised Draft**. Legally Binding Instrument to Regulate, In International Human Rights Law, The Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises).

⁴⁹ Para Gonzalo Berrón, hiperempresas podem ser definidas por meio da lógica “fusão/aquisição ou morte” (2014, p. 128), por meio das quais são “empresas que são proprietárias de empresas que são proprietárias de empresas, e assim sucessivamente” (Berrón, *op. cit.*, p. 121).

atores como hiperempresas⁵⁰ com mobilidade mundial e capacidade de disseminação de um país a outro com velocidade e de forma ágil⁵¹ e grandes acionistas, que visam o lucro como fim último das atividades empresariais, assim como possuem capacidade inerente de perpetuar sua cadeia e modos de produção ao redor do mundo.

Em sua forma de estruturação, as grandes corporações são geralmente dirigidas por uma matriz localizada na América do Norte, Europa ocidental e sudeste asiático, pois são estes os Estados onde as empresas se originam⁵². E, por outro lado, as mesmas empresas se envolvem em um comércio de investimentos em países onde suas subsidiárias estão localizadas. Os chamados Estados anfitriões são aqueles que recebem investimentos e/ou são objetos de extração de matéria prima, construção de minas e locais operacionais de fábricas⁵³, em sua definição geográfica, situam-se em sua grande maioria na Ásia, África e América Latina⁵⁴.

Em geral, os Estados anfitriões são países em desenvolvimento que possuem grandes reservatórios de matérias primas brutas e recursos naturais, além das manufatureiras que apresentam escolhas sensíveis às reduções de custos de produção⁵⁵. Os países hospedeiros ou anfitriões são eleitos para a instalação destas empresas por serem o ambiente mais propício para sua proliferação com maior potencial lucrativo e menores custos e/ou resistências em sua implementação e atividade.

As “hiperempresas”, transnacionais e até mesmo as “translatinas” se inseriram no cenário global como produtos de uma nova controvérsia econômica como forma de sobreposição à conformação geopolítica Norte-Sul⁵⁶. A complexidade das estruturas das empresas – sociedades empresárias estabelecidas em múltiplas jurisdições –, com fragmentações e a determinação da autonomia de cada empresa situada nos locais onde se instalam, é ferramenta utilizada como forma de se eximir da responsabilidade de Direitos Humanos sob o fundamento da independência entre as empresas e a impossibilidade de controle⁵⁷.

Surgem as cadeias de valor em nível global que, apesar de ainda não terem definição específica ou pacificada, são caracterizadas pela fragmentação dos processos de produção, em

⁵⁰ *Ibid.*, p. 127.

⁵¹ Brennan; Berrón, *op. cit.*, p. 476.

⁵² *Ibid.*, p. 477.

⁵³ Ahmad, *op. cit.*, p. 227-274.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 230.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 231.

⁵⁶ Berrón, *op. cit.*, p. 127.

⁵⁷ Roland; Angelucci, *op. cit.*, p. 406.

que as fabricações mundiais de bens diversos são realizadas em diferentes locais, o que além de fragmentar, descentraliza a criação e reverbera uma economia interconectada pautada na influência econômica das grandes empresas, até de forma a decidir quais serão consumidos pela sociedade⁵⁸. Fatidicamente, o rótulo “*made in*” utilizado tipicamente em manufaturados atribuída a uma economia específica, tornou-se obsoleto em razão dos novos produtos, em sua maioria são produzidos em uma escala mundialmente intercalada⁵⁹.

Na América Latina e países do sul global, este processo se intensifica em decorrência de sua histórica centralidade no imperialismo promovido pelos Estados centrais e grandes empresas⁶⁰. O expansionismo econômico neoliberal viabilizou a introdução dos investimentos internacionais e, da mesma forma, passaram a monopolizar os recursos naturais em diversas áreas e de setores essenciais na vida das pessoas⁶¹. Assim, em comparação com os países do sul global, as grandes corporações alcançam o capital superior ao Produto Interno Bruto (PIB) de alguns países⁶² e continuam sendo os principais atores da concentração de riquezas nos Estados, que, por sua vez, possuem capacidade reduzida de regulação e responsabilização de empresas por violações de Direitos Humanos⁶³.

Tamanho poder econômico também gera a grande concentração de riquezas nas mãos de uma pequena parcela da população⁶⁴. São os representantes das grandes corporações os principais milionários do mundo e, concomitantemente, as pessoas que possuem maior poder de influência política⁶⁵.

Exemplos desse contexto são os cenários de impunidade de empresas transnacionais, que instalam suas filiais na América Latina (países anfitriões de empresas) e possuem padrões semelhantes de dinâmicas e violações de Direitos Humanos⁶⁶, em que a lógica empresarial prevalece sob a soberania do Estado hospedeiro⁶⁷.

Em aspecto macro, tais países foram atores principais de casos emblemáticos

⁵⁸ Roland, *et al. op. cit.*, p. 3.

⁵⁹ GAO, *et al.* Making global value chains visible: Transnational corporations versus domestically owned firms. **Transnational Corporations Journal**, p. 1-47, v. 30, n. 1, 2023, p. 3.

⁶⁰ VIEIRA, Flávia do Amaral. Colonialismo e governo empresarial no Sul Global. **Homa Publica-Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas**, v. 2, n. 1, 2018, p. 88.

⁶¹ *Ibid.*, p. 87.

⁶² *Ibid.*, p. 87.

⁶³ Berrón, *op. cit.*, p. 131.

⁶⁴ WID. World Inequality Report. Disponível em: <https://wir2022.wid.world/chapter-1/>. Acesso em: 01 nov. 2022.

⁶⁵ Zubizarreta; Ramiro, *Op. Cit.*

⁶⁶ ROLAND, Manoela Carneiro. Um retrato do padrão de violação de Direitos Humanos por transnacionais no Brasil. **Revista ética e filosofia política**, v. 1, n. 16, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/eticaefilosofia/article/view/17700>. Acesso em: 08 jan. 2023.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 9.

envolvendo empresas transnacionais, como o caso *Kiobel* (2013),⁶⁸ que representa uma grave violação de Direitos Humanos ocorrida na Nigéria relacionada à exploração de petróleo pela empresa *Shell Petroleum Development Company*, que ocasionou diversos danos ambientais e de integridade pessoal⁶⁹. E o caso *Nevsun* (2020)⁷⁰, em que a empresa *Nevsun Resources Ltd* responde pelas suas atividades e práticas de trabalho escravo, tratamento desumano e degradante em atividades mineradoras de ouro, cobre e zinco na Eritreia.

E, ainda, o Brasil como hospedeiro de empresas extrativas e mineradoras, já vivenciou violações profundas de Direitos Humanos, algumas delas lista-se a seguir: em fevereiro de 2018, o caso de contaminação ambiental advindas do vazamento de rejeitos de bauxita vindo da Hydro Alunorte em Barcarena, no Pará, que acarretou consequências alarmantes para a população local com a presença de elementos químicos cancerígenos em seus organismos⁷¹ e, em novembro de 2015, em Mariana, em Minas Gerais, catástrofe causada pelo rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Mineradora Samarco S.A., uma *joint-venture* entre a brasileira Vale S.A e a BHP⁷², que acarretou no derramamento de uma massa de rejeitos químicos por cerca de 650 quilômetros pelo vale do Rio Doce e levou à morte de pessoas e degradação do ambiente local⁷³.

Os casos acima citados são alguns dos diversos⁷⁴ exemplos de violações de Direitos Humanos causados por empresas, cujos investimentos são realizados em países em desenvolvimento, mas em sua origem, tais corporações são sediadas e/ou possuem seu principal centro de controle de acionistas situadas em países desenvolvidos.

O cenário converge para o que é denominado *race to the bottom* (corrida para o

⁶⁸ UNITED STATES. SUPREME COURT. **Kiobel v. Royal Dutch Petrol. Co.**, 569 US 108, 108. 2013. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/108/>. Acesso em: 15 maio 2023.

⁶⁹ Trata-se de violações de Direitos Humanos ocorridas em Rivers na Nigéria em uma região conhecida como Ogoniland por meio da *Shell Petroleum Development Company*, denominada *joint venture* que atrelava a *Royal Dutch Shell* e a *Nigerian National Petroleum Corporation* para a exploração de petróleo. As atividades empresariais ocasionaram em uma extensa gama de direitos violados que variam desde os danos ambientais com a exploração de petróleo e a poluição do solo e da água, bem como os impactos diretos na saúde da população que entrou em contato com gases poluidores e demais ambientes poluídos. As atividades, ações e omissões geraram sérios danos à saúde da população local (United States, *et al.*, 2013).

⁷⁰ TRIBUNAL DE APELAÇÕES DOS ESTADOS UNIDOS DO TERCEIRO CIRCUITO. Caso nº 18-2042, **Máxima Acuña-Atalaya e outros v. Newmont Mining Corporation e outros**, 20 de março de 2019.

⁷¹ “Barcarena sob risco permanente”. Laquanam busca soluções para minimizar danos às comunidades. Publicado: Segunda, 09 de Abril de 2018. Disponível em: <https://beiradorio.ufpa.br/index.php/component/content/article?id=233>. Acesso em: 05 nov. 2020.

⁷² ALEPA, *op cit.*

⁷³ BOTELHO, 2021, *op. cit.*, n.p.

⁷⁴ Roland e Angelucci citam o caso brasileiro das atividades da Companhia Siderúrgica do Atlântico (TKCSA), como exemplo, a empresa possui um histórico de instalação com diversas irregularidades, dentre as quais se destacam Direitos Humanos ambientais, trabalhistas e diversos outros, atrelados à doação de 4,6 milhões de reais realizados pela empresa para o órgão ambiental responsável pela fiscalização da empresa. (Roland; Angelucci, *op. cit.*, p. 23.)

fundo do poço)⁷⁵, no qual os países alvos dos investimentos, sobretudo aqueles do sul global já mencionados, buscam se alinhar às exigências realizadas pelo setor empresarial, a fim de obter investimentos transnacionais⁷⁶ e acabam flexibilizando suas normas e relativizando a proteção de direitos.

Para Birchall, existe uma estreita interação entre as relações de poder das corporações e o exercício de Direitos Humanos pelas pessoas. O autor então desenvolve o conceito de poder corporativo, a partir da perspectiva “nas” e “por meio das” empresas e suas relações sociais com efeitos, que moldam as capacidades dos indivíduos para desfrutar de seus Direitos Humanos, ou seja, a capacidade de moldar a realização, retrocesso e avanços dos Direitos Humanos⁷⁷.

Para Ramiro e Zubizarreta, os centros de poder são espaços estrategicamente estruturados para que as empresas possam se manter de forma constante na esfera capitalista global lucrativa com base nas mobilizações internas e da influência do vultoso volume de capital⁷⁸.

Os principais atores que realizam a dinâmica destes centros, são as empresas e seus acionistas. Para a manutenção destes atores nos locais de interesse, utilizam *lobby* corporativo exercido entre instituições econômicas, financeiras internacionais, Estados e organizações, por meio da formação de acordos, convênios e parcerias que utilizam desde formalidades legais e usuais para sua consecução, mas também métodos informais, com o objetivo de fixar interesses hegemônicos que favoreçam as grandes empresas⁷⁹.

O resultado deste movimento de constante perpetuação dos interesses empresariais é a criação de um sistema de privilégios para a remoção de obstáculos diretos e ou indiretos ao desenvolvimento das grandes corporações. Como exemplo, a flexibilização ou regulamentação (favorável) das normas que tratam da atuação dessas empresas em aspectos frontais e tangenciais, tais como modificações na legislação ambiental, normas referentes aos serviços públicos, reformas trabalhistas, sistemas de aposentadoria e as demais que se

⁷⁵ RUGGIE, John Gerard. ¿Jerarquía o ecosistema? La regulación de los riesgos relativos a los derechos humanos provenientes de las empresas multinacionales. In: Garavito, C. R. (Org.). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2018. p. 75-97.

⁷⁶ Roland; Angeluci, *op. cit.*, 406.

⁷⁷ BIRCHALL, David. Corporate power over human rights: An analytical framework. **Business and Human Rights Journal**, v. 6, n. 1, p. 42-66, 2021, p. 43.

⁷⁸ Estas grandes corporações e seus representantes são os principais milionários do mundo e, ao mesmo tempo, também possuem grande poder político, tanto nos países onde são capazes de promover contrarreformas estruturais e o desmantelamento dos direitos sociais, quanto em escala global, no momento em que realizam um *lobby* com diversas instituições econômicas e financeiras internacionais (Zubizarreta; Ramiro, *op. cit.*, p. 13).

⁷⁹ Zubizarreta; Ramiro, *op. cit.*, p. 13.

demonstrarem pertinentes no decorrer do processo de consolidação e permanência dos grandes empreendimentos⁸⁰, sejam eles de cunho formal ou informal, ainda que estruturados fora dos critérios legais de atuação de uma empresa⁸¹.

A maleabilidade concedida às normas por meio do poder de influência exercido nos parlamentos e assembleias legislativas, como mecanismos e interferência, é somente uma das formas de atuação dos lobistas, que utilizam diversos métodos de incursão no cenário capitalista mundial. São concedidas modificações que também ocorrem nos âmbitos judiciais e executivos dos Estados e, em cascata, seja na construção de uma segurança jurídica que reverbera o interesse dos entes empresariais⁸², ou na execução de atividades e tomadas de decisão, que demonstrem a prevalência dos interesses corporativos.

Birchall entende que as corporações possuem quatro tipos de poder: o poder direto sobre os Direitos Humanos das pessoas, assim como poder sobre as materialidades dos Direitos Humanos, poder sobre as instituições que regem esses direitos e poder sobre o conhecimento de tais direitos⁸³. Qualquer ato comercial que tenha efeito aparente sobre Direitos Humanos, constitui uso de poder sobre esse direito, ainda que não represente violação específica sobre os mesmos⁸⁴.

Ele utiliza o que fora lecionado por Pogge, de que cada postulado sobre um Direito Humano equivale a exigência de que todas as instituições sociais sejam projetadas, para que as pessoas possam ter acesso a esse direito e entende que, de forma ideal, as corporações e as estruturas, onde esses entes são concebidos devem auxiliar na realização dos Direitos Humanos⁸⁵. O Direito Humano é realizado dentro de uma jurisdição quando todas as pessoas nela tem acesso seguro ao direito em questão⁸⁶.

Em primeiro lugar, poder sobre as pessoas é o poder que as empresas exercem diretamente sobre as pessoas detentoras de direitos, ou seja, o poder mediato por meio do controle direto sobre o outro, a capacidade de molde sobre os Direitos Humanos dos indivíduos, e na relação empresa-Direitos Humanos⁸⁷.

⁸⁰ Zubizarreta; Ramiro, *op. cit.*, p. 16.

⁸¹ *Ibid.*, p. 13.

⁸² *Ibid.*, p. 17.

⁸³ Birchall, *op. cit.*, p 43, 2021.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 50.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 44.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 45.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 52.

Em segundo, o poder sobre a materialidade⁸⁸ é aquele que atrela estruturas produtivas e financeiras e o chamado poder estrutural, para Birchall, centra-se em um local de mediação por meio do qual as relações de poder são desiguais e exploradas; a corporação que detém os materiais e meios de produção, também dita o acesso aos direitos. É o poder exercido mediante controle das condições e recursos materiais e possui capacidade significativa em afetar os titulares de direitos com os efeitos das decisões da diretoria motivadas pelo lucro⁸⁹.

Em seguida, o poder institucional é definido como o poder exercido por meio do controle ou influência sobre uma instituição de governança para alcançar seus objetivos, seja por meio de sua influência ou controle em uma instituição⁹⁰ de governança⁹¹, exercido de forma direta mediante *lobby* empresarial para modificações em âmbitos legais ou políticos, poder de barganha ou controle de funções privatizadas. Ele decorre da capacidade de utilização da instituição para finalidades próprias.

O poder sobre o conhecimento é utilizado para a definição e alcance das responsabilidades empresariais. O autor infere que as corporações moldam este escopo de Direitos Humanos em três níveis: o primeiro deles é o intracorporativo, visto que podem determinar como os direitos são tratados, depois definem suas prioridades e o que deve ser excluído; o segundo nível influencia no discurso dos direitos globais e, em terceiro, busca garantir a influência nas instituições de Direitos Humanos⁹².

As empresas podem usar de vários recursos para que o exercício de direitos seja reduzido. Uma empresa pode apoiar discursivamente Direitos Humanos em processos judiciais em andamento, por exemplo, e, em outras áreas, estar contribuindo ativamente para as suas violações⁹³.

O cenário das conformações de poder converge com os argumentos de Zubizarreta e Ramiro ao tratar da existência de uma “Lex Mercatória”: trata-se de uma nova lei corporativa global, em cuja ETNs são as grandes protagonistas desta nova configuração e frutos de uma

⁸⁸ O direito à moradia, em grandes cidades, vem retrocedendo e apresentando efeitos diretos sobre habitabilidade e localização. Pessoas com baixa renda são forçadas a sair dos seus locais, ou condicionadas a sobreviver em condições precárias de moradia. Além disso, finanças também são formas que as corporações influenciam a economia global, empresas sem rosto, paraísos fiscais, ocultação de valores e sonegação de impostos, também demonstra a capacidade de ditar a economia local e em países em desenvolvimento, é elemento sensível ao enfraquecimento da estrutura socioeconômica utilizada para proteger Direitos Humanos (Birchall, *op. cit.*, 2021).

⁸⁹ *Ibid.*, p. 50.

⁹⁰ As instituições incluem Estados, organizações intergovernamentais e organizações não governamentais.

⁹¹ Governança é definida de forma ampla, para incluir não apenas regimes estatais ou internacionais, mas também instituições de governança global. Zubizarreta; Ramiro, *op. cit.*, p. 83.

⁹² *Ibid.*, p. 51.

⁹³ *Ibid.*, p. 51.

armadura capitalista que preconiza os interesses corporativos em detrimento dos gerais⁹⁴, ou seja, uma blindagem articulada em várias esferas que permitem a criação de um cenário de constante legitimação das empresas.

A lei corporativa abrange uma sistemática que vai além da produção normativa, incorrendo também no alcance do parlamento legislativo, judicial e na construção de imagens coletivas por meio de técnicas de publicidade e *marketing* para a população mundial, as quais transpassam a existência de diversos benefícios na fixação e permanência de uma ETN na cadeia de produção global e reforçam seu poder de persuasão mediante meios de comunicação⁹⁵, bem como utilizam essas estratégias de convencimento para construir uma narrativa hegemônica que conduz ao pensamento da expansão empresarial como saída para a crise⁹⁶.

As grandes empresas conquistam a capacidade de proteger seus próprios direitos por meio. Este processo contrasta com a falta de domínio de mecanismos adequados para controlar os impactos desses acordos nos âmbitos sociais, ambientais, culturais e econômicos⁹⁷. Nesta seara, a fixação de empresas transnacionais no sul global oferece vantagens em razão das “brechas” fiscais e normativas existentes nos países anfitriões de empresas (que recebem as filiais transnacionais)⁹⁸, e possuem a soberania enfraquecida quando comparados ao poder de *lobby* das grandes corporações e, portanto, não oferecem respostas sobre os abusos⁹⁹.

O cenário é milimetricamente arquitetado a fim de criar um ambiente propício para a permanência das ETNs e Zubizarreta e Ramiro o definem pela própria morfologia da palavra “arquitetura”, para indicar que as corporações estariam construindo uma “Arquitetura da Impunidade”, em que seu *modus operandi* é legitimado e os atos ilegais ou ilícitos não possuem punições¹⁰⁰.

A conjuntura de favorecimento aos negócios empresariais que consiste na mobilização do aparato estatal é concretizada por meio da “Captura Corporativa¹⁰¹” – captura política e democrática por parte dos poderes econômicos, para que se estruturam em acordo com os interesses empresariais – pois, apesar de não ser o principal protagonista no jogo de

⁹⁴ *Ibid.*, p. 13.

⁹⁵ Zubizarreta; Ramiro, *op. cit.*, p. 16, 13.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 14.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 14.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 45.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 45.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 8.

¹⁰¹ Berrón, *op. cit.*, p. 127.

interesses, o Estado continua exercendo papel central, em razão de ser o ator que realiza concessões, é o legitimado para exercer condutas coercitivas, reprimir mobilizações sociais¹⁰² e movimentar as instituições estatais.

O paradoxo das regulamentações direcionadas às grandes corporações ocorre da seguinte forma: as empresas por meio de seu poder de influência são protegidas por um sistema estrutural e normativo fomentado em âmbito internacional, no qual são criadas regras obrigatórias e exigíveis aos países¹⁰³ e, por outro lado, são submetidas a uma ordem de obrigações enfraquecidas, fomentadas pela arquitetura da impunidade e captura corporativa, bem como também regidas por legislações voluntaristas e pela Responsabilidade Social Corporativa (RSC)¹⁰⁴.

Criada com fundamento na anterior iniciativa de criação de Código de Conduta (Pacto Global em 1999), a noção de RSC advém da iniciativa de criação de códigos brandos e voluntaristas, como forma de redirecionar o olhar para outros mecanismos diversos da criação de normas vinculantes¹⁰⁵. Apesar de não haver consenso sobre o termo¹⁰⁶, é a nomenclatura utilizada para identificar se a empresa está desempenhando suas atividades de forma ética e em prol da sociedade e que não necessariamente está atrelada à linguagem de Direitos Humanos¹⁰⁷, caracterizada principalmente pela voluntariedade, unilateralismo e autorregulação, em que a própria empresa define seus códigos e formas de monitoramento¹⁰⁸.

Embora a RSC seja difundida ainda atualmente como uma forma de manifestação de boas condutas de uma empresa, ela raramente possui relações estreitas com os Direitos Humanos e, por esta razão, é amplamente criticada por autores como Peña Gutiérrez¹⁰⁹, em

¹⁰² Zubizarreta; Ramiro, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰³ Zubizarreta; Ramiro, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁴ *Transnational firms' refusal to accept a binding external code in the framework of the United Nations or an international court for overseeing their operations, along with their opposition to the creation of a centre for auditing their practices, examining infringements, and drawing up complaints, clashes with their recurrent calls for respect of human rights and the environment. They patently prefer to define the sphere of their responsibilities themselves, opposing any form of external control and preferring "social responsibility" to international law (Ibid., p. 31).*

¹⁰⁵ Berrón, *op. cit.*, p. 130.

¹⁰⁶ PEÑA GUTIÉRREZ, Dorleta. Responsabilidad Social Corporativa. In **Diccionario Crítico de las empresas transnacionales**. OMAL, Observatorio de Multinacionales en la América Latina. 2012. Disponível em: https://omal.info/spip.php?page=article_diccionario&id_article=4816. Acesso em: 06 jan. 2022.

¹⁰⁷ WAAGSTEIN, Patricia Rinwigati. Justifying Extraterritorial Regulations of Home Country on Business and Human Rights. **Indonesian J. Int'l L.**, v. 16, p. 361- 390, 2018, p. 32.

¹⁰⁸ Peña Gutiérrez, *op. cit.*, n.p.

¹⁰⁹ *La RSC se convierte en una estrategia muy rentable para las multinacionales por diferentes razones. En primer lugar, se trata de una estrategia de PUBLICIDAD y "lavado de imagen" que les permite recuperar prestigio, presentándose como empresas responsables ante sus clientes y consumidores. Para ello, destinan parte de sus beneficios al marketing, ya que la RSC ayuda a fomentar el valor de la marca y la fidelización de los clientes.* Peña Gutiérrez, *op. cit.*, n.p.

razão da alta lucratividade gerada pelo emprego deste instrumento como forma de manifestação de compromisso social e assim afastamento de possíveis consolidações de compromissos vinculantes.

Para Waagstein, a Responsabilidade Social Corporativa é limitada em alguns aspectos: i) se delimitam em oposição aos avanços nos novos espaços que tratam sobre Direitos Humanos e empresas, visto que tratam de uma linguagem não vinculante¹¹⁰; ii) a nomenclatura utilizada para tratar de boas condutas empresariais serviria principalmente como uma ferramenta para manter o *marketing* e a boa imagem das corporações, no entanto, sem modificar a forma como desenvolvem suas atividades, o que consiste na manutenção das violações de Direitos Humanos¹¹¹; iii) a discrepância existente entre as políticas que assumem para a formulação de códigos e relatórios formais e as reais práticas dentro da empresa, o que não altera sua atuação, tal como um propósito apenas “simbólico”.¹¹²

Com efeito, a prática da Responsabilidade Social Corporativa demonstra a complexidade dos contornos internacionais voltados à manutenção de centros de poder. Consoante ao aumento da influência e relevância das empresas transnacionais na sociedade internacional contemporânea, também tem se ampliado a capacidade dessas corporações em afetar condições de vida das pessoas, bem como de interferência na fruição de Direitos Humanos¹¹³.

Ante a ausência de instrumentos vinculantes, é adotado o conceito de *due diligence*¹¹⁴, por meio do qual os Estados devem garantir que a empresa atue com devida diligência a fim de garantir o respeito aos padrões de Direitos Humanos. Com base neste instrumento, as empresas devem ser capazes de verificar o potencial lesivo de suas atividades de forma a atuar na prevenção de consequências graves, os riscos das atividades e quais os direitos pelas atividades que são ameaçados, para que adotem medidas para sua prevenção ou redução¹¹⁵.

¹¹⁰ Waagstein, *op. cit.*, p. 32.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 36.

¹¹² *Ibid.*, p. 36.

¹¹³ SANTOS, Mariana Lucena Sousa; RIBEIRO, Cristina Figueiredo Terezo. Reflexões teóricas acerca da caracterização da responsabilidade internacional de empresas transnacionais por violações de Direitos Humanos. **Revista de Direitos Humanos em Perspectiva**, v. 2, n. 2, p. 162-174, 2016.

¹¹⁴ Ele decorre da sugestão incluída pelos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (2008), como forma operacional, para que as empresas possam exercer o dever de respeito aos Direitos Humanos, ainda que não especificados no teor do documento, os mecanismos a serem utilizados para que os Estados garantam a aplicação do instituto pelas empresas (De Schutter, 2012, *op. cit.*, p. 9).

¹¹⁵ *Idem*; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Special Representative to the Secretary-General on Business and Human Rights. **Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights**, UN Doc A/HRC/8/5, 2008, p. 56. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/128/61/PDF/G0812861.pdf?OpenElement>. Acesso em: 22 mai. 2023.

Nesse contexto, as empresas podem impedir a cumplicidade¹¹⁶ na violação de Direitos Humanos ao agir com devida diligência não somente sobre suas ações, mas também sobre as ações a elas relacionadas.

Na busca de mecanismos de responsabilização de ETNs por abusos cometidos, alguns obstáculos são encontrados. O primeiro, conforme analisado, é a arquitetura da impunidade projetada para que, em âmbito doméstico, nos locais onde estas empresas se instalam a responsabilização por violações é reduzida ou inexistente. Em geral, os Estados anfitriões de empresas transnacionais possuem dificuldade em cumprir com obrigações de Direitos Humanos assumidas internacionalmente¹¹⁷. Em segundo, a inexistência de mecanismos apropriados para responsabilizar as empresas em nível internacional, pois os sistemas desta esfera não se destinam a tratar de reclamações realizadas contra empresas e o cumprimento das decisões¹¹⁸.

Isto ocorre porque as empresas não são sujeitos de Direito Internacional, onde seriam atribuídas responsabilidades por violações de Direitos Humanos, ou seja, diante dos referidos abusos, ainda são os Estados que irão incorrer em responsabilizações perante a comunidade internacional¹¹⁹.

Um dos pressupostos para tanto é a superação do paradigma da personalidade jurídica internacional, que apesar de estar em expansão¹²⁰ e já abarcar além dos Estados, pessoas e organizações internacionais, ainda não albergou entes não estatais e, muito embora estejam sendo envidados esforços para tanto, os avanços neste sentido ainda continuam estreitos.

As lacunas existentes sobre o tema da responsabilidade sobre os abusos perpetrados por empresas que possuem como característica a transnacionalidade, tornam estas corporações o grande “Ponto Cego”¹²¹ do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), pois apesar

¹¹⁶ A cumplicidade quando se refere à Direitos Humanos e empresas é definida pelo envolvimento indireto de uma empresa, ou seja, quando o ente empresarial contribuiu de alguma forma para a atividade violadora. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/128/61/PDF/G0812861.pdf?OpenElement>. Acesso em: 22 mai. 2023.

¹¹⁷ SKOGLY, Sigrun. Global human rights obligations. In: *The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations*. **Routledge**, Londres, 2021. p. 25-39. p. 7. Disponível em: <https://www.routledge.com/The-Routledge-Handbook-on-Extraterritorial-Human-Rights-Obligations/Gibney-Turkelli-Krajewski-Vandenhoe/p/book/9780367546489>. Acesso em: 22 mai. 2023.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 14.

¹¹⁹ Cerqueira, *op. cit.*, 2015, p. 22.

¹²⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os Tribunais Internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 37-68, 2010, p. 47.

¹²¹ FACHIN, Melina Girardi; *et al.* Ponto cego do direito internacional dos direitos humanos: uma superação do paradigma estatocêntrico e a responsabilidade internacional de empresas violadoras de direitos humanos. **Homa Publica-Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas**, v. 1, n. 1, p. 12, 2016.

de ser uma temática latente no âmbito do Direito Internacional, em razão das diversas formas de violações ocasionadas por empresas, ainda não aponta normas vinculantes sobre o assunto¹²² e tampouco mecanismos concisos para a responsabilização.

Não obstante a existência de esforços para a regulação das condutas de empresas, como a existência da atual agenda para a construção de um tratado vinculante sobre o assunto¹²³, as normas e iniciativas pouco modificaram o cenário de constante crescimento e fortalecimento das empresas.

Em contraste, observa-se uma mobilização destes entes empresariais em estimular esforços da comunidade internacional para a fixação de Responsabilidade Social Corporativa (RSC) e a criação códigos de condutas direcionados à ETNs, que são apenas formas de Direito “brando”¹²⁴ utilizadas para conter o poder das transnacionais. As normas de RSC se tornaram, na verdade, prejudiciais para a proteção de Direitos Humanos, pois às margens das regras de funcionamento judicial, as normativas tiveram o condão de substituir a imperatividade, coercitividade e controle judicial pela voluntariedade e unilateralidade entre as auditorias de ETNs especializadas¹²⁵.

Nesse contexto, é latente a discrepância entre o poder exercido pelas grandes corporações e a lacuna existente no Direito Internacional dos Direitos Humanos quando se trata da responsabilização destes entes por atos ou omissões violadoras de Direitos Humanos, sobretudo nos países que abrigam filiais de empresas transnacionais, pois podem não ter capacidade ou interesse em controlar substancialmente as atividades desta empresa¹²⁶.

Carmen Montesinos¹²⁷ explica a existência do fenômeno da vulnerabilidade dos Estados pós-coloniais frente ao fenômeno da deslocalização empresarial e o aproveitamento das “lacunas de proteção dos direitos” com a finalidade de obter vantagens sob demais empresas ao realizar a instalação nestes locais onde as normativas internas são enfraquecidas. Esta movimentação gerou debates em relação à necessidade de uma nova ordem internacional, entretanto, o que se experienciou, na verdade, foi a manutenção de propostas

¹²² *Ibid.*, p. 12.

¹²³ DE ARAGÃO, Daniel Maurício Cavalcanti. Controvérsias da Política Mundial em Direitos Humanos: o contexto em que se discute o Tratado sobre corporações transnacionais. **Homa Publica-Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas**, v. 1, n. 2, p. 01-11, 2017. p. 2.

¹²⁴ Zubizarreta; Ramiro, *op. cit.*, p. 11.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 11.

¹²⁶ Mccorquodale; Simons, 2007, *op. cit.*, p. 599.

¹²⁷ PADILLA, Carmen Montesinos. Entre lo deseable y lo factible: hacia un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos. **Homa Publica-Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas**, v. 3, n. 2, 2019, p. 25.

voluntaristas e normas internacionais que não teriam o condão de regulamentar empresas¹²⁸.

2.2 PRESSUPOSTOS PARA A DEFINIÇÃO DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL EM ÂMBITO INTERNACIONAL

A problemática da responsabilização de empresas transnacionais evidencia a insuficiência dos recursos internos de um Estado para investigar, punir e monitorar uma empresa por suas violações¹²⁹, bem como corrobora com a necessidade de investigação sobre possíveis vias de alcance da responsabilidade destas ETNs.

Por esta razão, a “lacuna de governança” existente entre a limitação territorial dos Estados e as empresas transnacionais situadas em economia global¹³⁰, demonstra, em maior grau, a dificuldade em responsabilizar empresas transnacionais por violações, sobretudo aquelas que cometem atos fora do território em que foram constituídas, ou seja, no local onde suas filiais se instalam, e quando se trata de Estados institucionalmente enfraquecidos como na América Latina¹³¹.

Estas lacunas são criadas pelo impacto das forças e atividades dos atores econômicos aliadas com inabilidade das sociedades em administrar suas consequências adversas e acabam por fornecer ambientes permissivos para atos ilícitos das empresas que, em análise prévia, observam que não serão demandadas para sanções ou reparações adequadas¹³².

Observa-se a movimentação internacional no âmbito teórico para aprofundar as noções de responsabilidade atribuíveis as ETNs, por meio da responsabilidade indireta de um Estado, termo que foi definido por Medina¹³³, e consiste no dever jurídico de um Estado em prevenir violações de Direitos Humanos, que estejam sob sua jurisdição, de tal modo que o Estado adquira a obrigação positiva de adotar medidas, para que direitos sejam protegidos nas

¹²⁸ *Ibid.*, p. 25.

¹²⁹ Portilha, *op. cit.*, p. 60.

¹³⁰ CASSEL, Doug. State jurisdiction over transnational business activity affecting human rights. Research Handbook on Human Rights and Business. In: DEVA, Surya; BIRCHALL, David (Org). **Research handbook on human rights and business**. Edward Elgar Publishing, p.198-224, 2020, p. 198. Disponível em: <https://www.elgaronline.com/display/edcoll/9781786436399/9781786436399.00017.xml#container-85537-item-85560>. Acesso em: 22 mai. 2023.

¹³¹ Portilha, *op. cit.*, p. 60.

¹³² MARES, Radu. Regulating transnational corporations at the United Nations – the negotiations of a treaty on business and human rights. **The International Journal of Human Rights**, 26, 9, 2022, p. 1522-1546.

¹³³ MEDINA-ARDILA, Felipe. La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano. In: ACOSTA-LÓPEZ, Juana Inés; AMAYA-VILLAREAL, Álvaro Francisco. **Debate Interamericano**. Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores, v. 1, p. 83-122, 2009, p. 16.

relações interindividuais¹³⁴.

Por meio da responsabilidade indireta, um Estado é responsável não somente por responsabilizar uma ETN por violações de Direitos Humanos praticadas, mas também responsável por regulamentar as condutas destas empresas em todas as suas cadeias de produção e prevenir a ocorrência de violações¹³⁵.

Esse modelo de responsabilidade é mais aceito internacionalmente quando comparado com a atribuição de responsabilidades diretas às empresas transnacionais. Apesar da aplicação da responsabilidade indireta apresentar entraves como o exercício das obrigações de garantia e proteção¹³⁶ sob o fundamento de que, em princípio, um Estado não possui a responsabilidade por qualquer violação de Direitos Humanos perpetradas por particulares e o caráter *erga omnes* das obrigações não vincularia necessariamente a uma responsabilidade ilimitada destes perante quaisquer atos de terceiros, o instituto vem sendo *aceito* e pacificado na esfera do Direito Internacional.

Os avanços para a atribuição de responsabilidade dos Estados por atos de particulares como ETNs já ganham forma doutrinária e jurisprudencial internacionalmente, sob o mesmo fundamento da existência de obrigações de caráter *erga omnes*, mas em uma noção estendida que vai além da relação entre Estado e particulares e se torna aplicável também nas relações sobre particulares entre si, por meio da qual Estado pode ser responsável por violações realizadas por terceiros, sob sua jurisdição em situações específicas¹³⁷, a exemplo de quando um ato internacionalmente ilícito lhe é atribuível ainda que não tenha sido diretamente imputável, em decorrência da obrigação positiva de garantir a proteção dos Direitos Humanos nas relações interindividuais.

Assim, esse formato de responsabilidade passou a ser tratado em decisões dos Sistemas Regionais de Proteção de Direitos Humanos, tais como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em que no Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras caracterizou as obrigações internacionais do Estado¹³⁸ e a Corte Europeia de Direitos

¹³⁴ “En otras palabras, este tipo de responsabilidad internacional del Estado ha sido denominada responsabilidad indirecta, pues el acto ilícito violatorio de los derechos humanos no resulta imputable directamente a un Estado (responsabilidad indirecta)”. Medina-Ardila, *op. cit.*, p. 99.

¹³⁵ Medina-Ardila, *op. cit.*, p. 8.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 9.

¹³⁷ *Idem.*

¹³⁸ Nesse contexto, são citados por Medina casos paradigmáticos da Corte Interamericana, como: Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, sentença de mérito, de 29 de julho de 1988, par. 134; Caso Suárez Rosero Vs. Equador, sentença de mérito, de 12 de novembro de 1997, par. 37; Caso Boyce e outros Vs. Barbados, sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas, de 20 de novembro de 2007.

Humanos¹³⁹.

Algumas considerações são importantes quando se trata da responsabilidade internacional de um Estado: i) segundo as regras de Direito Internacional, a ação ou omissão de qualquer autoridade pública de um Estado, independentemente de sua hierarquia, pode comprometê-lo à responsabilização; ii) a responsabilidade internacional do Estado independe de intencionalidade ou de políticas estatais deliberadas a este sentido, visto que os Estados não podem deixar de cumprir obrigações internacionais adquiridas em razão de motivações internas¹⁴⁰.

Para Cançado Trindade¹⁴¹, as obrigações *erga omnes* possuem dimensões: a vertical e a horizontal. As obrigações de proteção em um âmbito horizontal seriam atinentes a proteção de todas as pessoas perante a comunidade internacional, em geral, ou seja, vinculam os Estados-parte que assumiram obrigações por meio da ratificação de tratados de Direitos Humanos, e/ou no âmbito do Direito Internacional, todos os Estados que fazem parte da comunidade internacional¹⁴². Em âmbito vertical, as obrigações *erga omnes* vinculam os órgãos, agentes estatais e também os particulares, englobando relações de pessoas com o poder público e também com outros particulares¹⁴³.

Assim, Medina considera a construção doutrinária do efeito vertical das obrigações *erga omnes* para a configuração da responsabilidade internacional de um Estado que pode configurar-se não somente por ações ou omissões violadoras de Direitos Humanos (responsabilidade direta), mas também em relação aos atos de particulares (responsabilidade indireta)¹⁴⁴. Nesse ramo¹⁴⁵, o Estado adquire a obrigação positiva de adotar medidas para assegurar a proteção de Direitos Humanos nas relações interindividuais, o que, no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, seria reconhecer os efeitos da Convenção Americana sob atos de terceiros¹⁴⁶.

Quando um Estado apresenta falhas no cumprimento de obrigações *erga omnes* que

¹³⁹ Nesse seguimento, são citados pelo autor os casos *Avsar vs. Turquia*, sentença de 10 de julho de 2001, par. 284, *Adali vs. Turquia*, sentença de 31 de março de 2005, par. 216.

¹⁴⁰ Medina-Ardila, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados. **Opinião Consultiva n.º 18/03**, de 17 de setembro de 2003. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.pdf. Acesso em: 14 jan. 2023.

¹⁴² *Ibid.*, par. 77.

¹⁴³ *Ibid.*, par. 78.

¹⁴⁴ Medina-Ardila, *op. cit.*, p. 99.

¹⁴⁵ As considerações de Medina sobre a responsabilidade indireta são aportes realizados com base em análises do Sistema Interamericano, mas que por se entrelaçar com temas e jurisprudências do Direito Internacional dos Direitos Humanos e demais Sistemas de proteção, pode ter contribuição sensível para o desenvolvimento da temática da violação de Direitos Humanos por empresas transnacionais no âmbito do DIDH.

¹⁴⁶ Medina-Ardila, *op. cit.*, p. 16.

foram assumidas no momento da ratificação de instrumentos internacionais, é imperioso que a proteção dessas vítimas se amplie aos organismos internacionais criados para a garantia desta proteção¹⁴⁷. Mas, para que ocorra, alguns critérios devem ser estabelecidos, segundo Medina, acerca das obrigações estatais: i) o não cumprimento das obrigações *erga omnes* de garantia e proteção de Direitos Humanos de pessoas sob sua jurisdição, incluindo-se os atos de particulares; ii) o conhecimento prévio deste Estado acerca de um risco certo, imediato e determinável, e por esta razão poderia ter atuado para evitar a ocorrência e não o fez; iii) no momento dos fatos, as autoridades deveriam ter conhecimento de riscos reais e imediatos¹⁴⁸.

Ao partir das considerações sobre responsabilidade apresentadas no item “i)”, aspecto importante para Doug Cassel¹⁴⁹ são as formas de atribuição da jurisdição sobre as condutas de empresas. E, nesta seara, os Estados de origem destes entes – os chamados *home states* – que também utilizam verbas públicas para otimizar seus interesses (neste aspecto o autor exemplifica o setor mineiro), se esquivam (sob as lacunas de governança e da obscuridade das ligações entre as cadeias de valor) de responsabilidades sobre danos fora de sua jurisdição e se abstém de criar marcos jurídicos, que possam promover a responsabilização interna das ETNs e com isso a garantia do acesso à justiça às vítimas¹⁵⁰.

2.2.1 Jurisdição estatal no Direito Internacional dos Direitos Humanos

A definição de jurisdição se refere ao poder do Estado no exercício de sua preponderância sobre as pessoas, bens e circunstâncias¹⁵¹, emana de sua soberania inerente ao poder exclusivo de regular as relações em seu território¹⁵² e possui limitação no exercício da soberania de outros Estados¹⁵³, de tal forma que um Estado não poderia exercer jurisdição em outro território sem o consentimento, convite ou aquiescência do país em questão,¹⁵⁴ o que decorre atribuição de não sofrer intervenção de outros Estados, ou seja, o princípio corolário da não-intervenção¹⁵⁵.

A maneira como um Estado atua para proteger Direitos Humanos está intrinsecamente

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 124.

¹⁴⁸ Medina-Ardila, *op. cit.*, p. 132.

¹⁴⁹ Cassel, *op. cit.*, p. 198.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 363.

¹⁵¹ SHAW, Malcolm. **Direito internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 471.

¹⁵² Cerqueira; Pamplona. 2021, *op. cit.* p. 499.

¹⁵³ MILANOVIC, Marko. **Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 22.

¹⁵⁴ O'BRIEN, Claire Methven. The home state duty to regulate the human rights impacts of TNCs abroad: a rebuttal. **Business and Human Rights Journal**, v. 3, n. 1, p. 47-73, 2018. p. 12.

¹⁵⁵ Cerqueira; Pamplona, *op. cit.*, p. 499.

ligada não somente à universalização de um direito, mas também como mecanismo funcional de sua soberania. Para identificar a existência de obrigações de Direitos Humanos atribuíveis a um Estado, primordialmente, é necessário analisar a capacidade de exercício da jurisdição sobre aquele fato ou violação de Direitos Humanos em questão.

Na esfera dos tratados de Direitos Humanos, Milanovic¹⁵⁶ aduz que o conceito de jurisdição mais abordado é identificado como poder, controle ou autoridade que um Estado possui sob um território”, embora o autor apresente discordâncias sobre o aspecto da restrição territorial. Por este motivo, em primeiro momento ele utilizou os artigos de alguns tratados como a Convenção Europeia de Direitos do Homem (1950) e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966) para exemplificar que o termo jurisdição, no âmbito dos tratados, não se refere aos tribunais ou órgãos de supervisão, mas sim à jurisdição exercida por um Estado em geral. O critério da jurisdição de um Estado pode ser também um pré-requisito para que este ente assumira outras formas de obrigações¹⁵⁷.

O referido autor¹⁵⁸ exemplifica que o termo “jurisdição” indicado nos tratados de Direitos Humanos pode obter significados diferentes daqueles comumente utilizados no Direito Internacional. E, a exemplo do que infere Cançado Trindade, acerca do *corpus iuris* desta matéria, os tratados de Direitos são um dos elementos essenciais para a proteção destes direitos¹⁵⁹.

A maioria dos tratados de Direitos Humanos possui cláusulas de jurisdição e elas determinam seu âmbito de aplicação, diferentemente dos tratados que versam sobre direitos humanitários e possuem cláusulas gerais¹⁶⁰. Ou seja, em sua maioria, os tratados que definem obrigações delimitam a jurisdição, a fim de determinar a obrigação de um Estado. Esta delimitação é descrita dentre os artigos iniciais dos tratados, conforme exemplificado no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966).

Neste ponto, o autor encontra semelhanças entre os tratados de Direito Humanitário no que tange à existência de um requisito para sua aplicabilidade (a jurisdição), muito embora no Direito Humanitário seja necessária a existência de um conflito armado internacional ou não internacional¹⁶¹.

¹⁵⁶ Milanovic, *op. cit.*, p. 23.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 19.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 18-19.

¹⁵⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI**, 2006, v. 20, p. 20. Disponível em:

<https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI>. Acesso em: 14 mai 2023.

¹⁶⁰ Milanovic, *op. cit.*, p. 18-19.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 18-19.

Em continuidade, reforça que a jurisdição presente nos tratados se refere a um tipo particular de poder de fato, controle ou autoridade que um Estado possui sobre um território, conforme o descrito pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Louizidou vs. Turquia* (1998) ao tratar do “controle geral e efetivo” sobre uma área¹⁶². Este conceito presente nos tratados reforça que o vínculo da jurisdição com o território ainda é estreito.

O referido autor também cita o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966)¹⁶³ e a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950)¹⁶⁴ em suas cláusulas de jurisdição para identificar que a aplicação dos tratados de Direitos Humanos ocorre quando um Estado exerce controle sobre um território e também autoridade e controle sobre uma pessoa¹⁶⁵.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos pressupõe o exercício da jurisdição para que um Estado-parte possa garantir ou assegurar Direitos Humanos sobre uma pessoa, ou seja, as cláusulas de jurisdição presentes em um tratado são requisitos centrais, para que as obrigações constantes no tratado possam ser aplicadas e, assim, os “órgãos de monitoramento possam exercer sua competência”¹⁶⁶ e as obrigações referentes a um tratado possam se consolidar.

Por outro lado, ainda sobre os instrumentos internacionais, nos tratados, o uso do termo “jurisdição” pode ser empregado de forma diferente. Em alguns momentos, ela pode fazer referência à competência aos órgãos de tratados ou Cortes Internacionais de Direitos Humanos e, em outros momentos, às cláusulas de jurisdição gerais do Direito Público¹⁶⁷. Por essa razão, Milanovic identifica a utilização de dois conceitos de jurisdição nos tratados¹⁶⁸.

O primeiro se trata da doutrina clássica de jurisdição em Direito Internacional que se refere à regulamentação estatal da conduta de pessoas naturais ou jurídicas e suas consequências sob o direito interno, ou seja, as ordens jurídicas dos Estados e suas

¹⁶² TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Loizidou Vs. Turquia** (Exceções Preliminares), n.º 15318/89. Sentença de 23 de março de 1995, par.62.

¹⁶³ ARTIGO 2. 1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição (BRASIL. **DECRETO No 592**, de 6 de julho de 1992). Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

¹⁶⁴ Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos do homem. As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção (CEDH, 1950) Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 22 abr. 2022.

¹⁶⁵ Milanovic, *op. cit.*, p. 33.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 20.

¹⁶⁷ O’Brien, *op. cit.*, p. 53.

¹⁶⁸ Milanovic, *op. cit.*, p. 33.

sobreposições. E, o segundo, se trata do poder que o Estado exerce sob um território e as pessoas que o habitam. Delimita-se, portanto, em sua natureza espacial.

Outra diferenciação pertinente trata-se exercício da jurisdição estatal e a atribuição de responsabilidade estatal. O artigo 2¹⁶⁹ do *Draft* sobre Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos, que estabelece dois requisitos principais para atribuição de um ato ilícito pelo Estado: i) quando a conduta consiste em um ato ou omissão, e/ou; ii) se essa mesma conduta é imputável sob o Direito Internacional e constitui uma violação de obrigações nesta esfera.

Cassel, em seu estudo sobre a jurisdição no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, leciona que um Estado exerce sua jurisdição quando preenche dois requisitos importantes: i) a ligação entre aquele Estado e a atividade prática e ii) a existência de uma base reconhecida para o exercício da jurisdição¹⁷⁰. Após o preenchimento dos requisitos, o exercício da jurisdição não se define de forma unitária, pois comporta três naturezas distintas: poder prescritivo, executório e jurisdicional. O primeiro trata da capacidade de um Estado em editar normas, o segundo em executá-las e o terceiro versa sobre a atribuição de um tribunal para demandas judiciais¹⁷¹.

Milanovic¹⁷² entende que o poder jurisdicional pode ser substituído pelo prescritivo e executório, pois quando um Estado promulga legislações, ele conseqüentemente exerce seu poder executório e jurisdicional ao exercer funções relacionadas à aplicabilidade e execução daquelas.

Cassel¹⁷³ compreende que o exercício da jurisdição prescritiva e jurisdicional são as mais utilizadas quando se trata de violações Direitos Humanos, em razão das demandas e incentivos no âmbito do Direito Internacional sobre o assunto e, apesar de possuírem amplitudes diferentes, os conceitos apresentados por Milanovic e Cassel convergem para a existência de obrigações específicas atribuíveis a um Estado em razão do exercício de sua jurisdição no contexto da proteção de Direitos Humanos em âmbito internacional.

A primeira seria a obrigação de respeito, que seria abstenção acerca de atos violadores de direitos dos indivíduos e, também se desdobra como a obrigação positiva de assegurar o

¹⁶⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. International Law Commission. **Draft Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf. Acesso em: 31 dez. 2022.

¹⁷⁰ Cassel, *op. cit.*, p. 198.

¹⁷¹ Milanovic, *op. cit.*, p. 22.

¹⁷² *Ibid.*, p. 22.

¹⁷³ Cassel, *op. cit.*, p. 198, 180.

respeito destes direitos, elemento que exige que o Estado adote medidas para o cumprimento e proteção das pessoas¹⁷⁴.

Ademais, para a atribuição da jurisdição, Cassel aduz sobre a existência de bases comuns de jurisdição permitida, isto significa que alguns critérios devem ser avaliados para o exercício da jurisdição e, conseqüentemente, a atribuição de obrigações específicas do Estado. As bases de jurisdição permitidas¹⁷⁵ são determinadas conforme: “i) território, ii) efeitos, iii) personalidade ativa, iv) personalidade passiva ou v) proteção”, além de crimes de jurisdição universal¹⁷⁶. Estas são comumente relacionadas quando se evidenciam obrigações de Direitos Humanos na esfera do Direito Internacional. O autor entende que, na prática, as mais importantes a serem analisadas são a jurisdição extraterritorial e a da personalidade ativa, sobretudo quando se trata da jurisdição exercida por atividades violadoras de ETNs¹⁷⁷.

Conforme exemplificado, o exercício da jurisdição pode ser aplicado de acordo com o sujeito ou natureza da obrigação/violação de Direitos Humanos¹⁷⁸. Dentre as categorias que serão analisadas abaixo, o autor atribui a jurisdição exercida com base no princípio territorial, ou jurisdição do território, como regra geral de aplicação no Direito Internacional. A jurisdição territorial é definida como aquela exercida sobre condutas, propriedades ou pessoas (para ele corporações também se incluem), desde que localizadas dentro do território de um Estado¹⁷⁹.

Portanto, ela significa que a pessoa jurisdicionada deve estar presente no território no momento em que a violação de Direitos Humanos (conduta) foi realizada e ao seguir o mesmo critério, quando se refere aos tratados, o aspecto basilar da jurisdição também é a aplicabilidade do escopo desses instrumentos primordialmente em natureza territorial¹⁸⁰.

No seguimento das categorias da jurisdição com base no território, existe uma subdivisão no que tange à jurisdição de ordem territorial: a territorialidade objetiva e a territorialidade subjetiva¹⁸¹. A territorialidade objetiva ocorre quando a conduta se inicia em outro lugar, mas é completada dentro do território do Estado em questão¹⁸².

Os limites para a territorialidade objetiva seriam a não interferência em outro Estado

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 201.

¹⁷⁵ Cassel, *op. cit.*, p. 201.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 201.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 244.

¹⁷⁸ Cassel, *op. cit.*, p. 198-224.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 202.

¹⁸⁰ Milanovic, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸¹ Cassel, *op. cit.*, p. 202.

¹⁸² *Ibid.*, p. 202.

por meio da assunção de alguma outra forma e jurisdição sem o consentimento do Estado cujo território está sendo abordado¹⁸³. Neste aspecto, um Estado poderia regular as políticas e práticas de uma corporação por sua matriz sediada em seu território, o que seria definido como medida doméstica com implicação extraterritorial, ou seja, fora de seu território¹⁸⁴.

A territorialidade subjetiva também pode ser exercida quando uma conduta se inicia em um Estado, mas produz efeitos em outros locais. Ambas as modalidades de jurisdição territorial podem ser aplicadas quando se trata de condutas corporativas transnacionais violadoras¹⁸⁵.

As pretensões prescritivas e pretensões executórias também estão sujeitas à regra geral territorial. Atividades executórias de um país não podem ser exercidas em outro sem o consentimento daquele, assim como a prescrição de uma norma está adstrita às pessoas residentes no território de um país¹⁸⁶. O obstáculo reverbera na dificuldade em que os países anfitriões de ETNs (locais onde os danos são cometidos), não possuem capacidade para apresentar respostas frente aos atos violadores, o que dificulta a obtenção de um recurso adequado e a reparação dos danos para as vítimas.

Embora seja regra geral do Direito Internacional e do âmbito dos tratados de Direitos Humanos, Milanovic¹⁸⁷ aduz ser equivocada a ideia de que a jurisdição prescritiva tenha como regra primordialmente a natureza territorial. Para ele, a regulação ainda pode ser exercida de forma extraterritorial e sem o consentimento de outros Estados como exceção à territorialidade¹⁸⁸. Se uma conduta que o Estado pretende regular ocorre fora do seu território, ele pode editar a norma, desde que haja uma base adicional para jurisdição¹⁸⁹.

A problemática da regra da territorialidade também é uma das principais analisadas por Gibney¹⁹⁰, pois a responsabilidade de proteger Direitos Humanos estaria confinada por considerações territoriais, sob o critério do território e da soberania. O autor afirma a existência de uma hesitação em se afastar da interpretação da abordagem territorial, porém, analisa que o Direito Internacional dos Direitos Humanos está se modificando, especialmente pelo reconhecimento da maneira como as condutas de um Estado podem ter efeitos sobre a

¹⁸³ *Ibid.*, p. 202.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 202.

¹⁸⁵ Cassel, *op. cit.*, p. 202.

¹⁸⁶ Milanovic, *op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 23.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 23.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 23.

¹⁹⁰ Gibney, *op. cit.*, 2021, p. 22.

prática de Direitos Humanos em outros países¹⁹¹.

Segundo Milanovic, as demais bases de jurisdição diversas da territorialidade já estão sendo utilizadas de forma mais comum por outros Estados no âmbito do Direito Internacional, e, portanto, não seriam evitadas de excepcionalidade, mas, sim, seriam regras adicionais¹⁹².

Exemplo desta aceção é a aplicação personalidade ativa. Este é o princípio da base de jurisdição que permite a um Estado a regulação da “conduta, interesses e relações” de seus nacionais e pessoas domiciliadas em seu Estado, incluindo as corporações que estejam fora de seu território, mas estão domiciliadas no Estado, em que estão constituídas ou no qual sua sede controladora está localizada¹⁹³.

A jurisdição acerca da nacionalidade pode ocorrer de duas formas: a nacionalidade ativa e a nacionalidade passiva, critério utilizado a depender do ente ou pessoa que comete ou sofre o dano e sua origem¹⁹⁴. Quando se refere ao ente que cometeu o dano, é possível atribuir a jurisdição com base no preceito da nacionalidade ativa, pois o ato em questão está ligado a uma ação violadora de Direitos Humanos¹⁹⁵.

A nacionalidade passiva seria o oposto da nacionalidade ativa, seu critério essencial não é o ente ou pessoa que praticou o dano, mas sim aquele que sofreu qualquer tipo de violação de Direitos Humanos. A base jurisdicional da nacionalidade passiva comporta o local em que as vítimas de violações são nacionais¹⁹⁶.

Um exemplo de como pode ser utilizada a jurisdição sob o critério da nacionalidade é demonstrado por Doug Cassel ao indicar que a modalidade permite aos Estados implementar seu dever sob os Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos e cumprir a expectativa de que as empresas comerciais domiciliadas em seu território e/ou jurisdição respeitem Direitos Humanos¹⁹⁷.

No aspecto da proteção de Direitos Humanos com relação a condutas de empresas transnacionais violadoras de Direitos Humanos, a nacionalidade ativa pode ser usada como um gesto de solidariedade do Estado, no qual uma corporação é nacional, para que possa ser capaz de executar medidas em relação às violações.¹⁹⁸ Como exemplo, os argumentos

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 22.

¹⁹² Milanovic, *op. cit.*, p. 23.

¹⁹³ Cassel, *op. cit.*, p. 202-203.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 202-203.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 202-203.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 202-203.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 202-203.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 203.

utilizados para a assunção de jurisdição no caso *Nevsun (2020)*¹⁹⁹, no qual o local onde a empresa exerce sua atividade foi utilizado como fundamentação para julgamento diverso do foro onde foram praticadas as violações.

O princípio da nacionalidade é normalmente utilizado quando, na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos, são abordados crimes graves contra a humanidade. Cassel entende que é possível utilização do referido princípio quando concernentes a violações de Direitos Humanos, pois não existem obstáculos limitadores em relação à aplicação desta base jurisdicional.²⁰⁰

O exercício da jurisdição por meio da atribuição da nacionalidade ativa é elemento que tem alcançado cada vez mais amplitude no âmbito teórico. Os estudos têm se direcionado em buscas de alternativas para alcançar a responsabilização de empresas transnacionais, ainda que fora do território, onde cometeu o dano²⁰¹, seja por meio do emprego da nacionalidade do ente que cometeu as violações, ou mediante a aplicação de outras exceções ao uso do critério territorial para a assunção da jurisdição de um Estado.

2.2.2 O exercício da jurisdição extraterritorial pelos Estados

As obrigações extraterritoriais (ETOs) para Gibney²⁰², são definidas por aquelas exercidas pelos Estados fora de suas fronteiras ou limites territoriais. As ETOs não possuem a natureza horizontal interna que define as obrigações domésticas e também não somente a vertical externa do DIDH, mas sim refletem uma obrigação de cunho “diagonal” entre os Estados e pessoas. A possibilidade de intervenção sobre atos praticados no território de outro Estado, como consequência lógica, seria tanto uma excepcionalidade do princípio da não-intervenção quanto afunilaria questões de soberania de um Estado por conta do seu atributo de gerência nos limites territoriais.

O afunilamento encontra um viés pautado na soberania relativa²⁰³ que, para Portilha, é decorrente da manifestação dos países em fazer parte de uma comunidade internacional, onde assume obrigações de Direitos Humanos e permite interferências nesta matéria.

¹⁹⁹ SUPREME COURT OF CANADA. *Nevsun Res. Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5 (Canadá). Disponível em: <https://scc-csc.ca/case-dossier/cb/2020/37919-eng.aspx>. Acesso em: 08 abr. 2022.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 203.

²⁰¹ Rivera, *op. cit.*, 2019, p. 214.

²⁰² Gibney, *op. cit.*, p. 14.

²⁰³ Portilha, *op. cit.*, p. 77.

Para Scoogly²⁰⁴, a identificação de obrigações “globais” de Direitos Humanos e obrigações extraterritoriais, representa um afastamento radical do tradicional paradigma acerca da jurisdição, de modo que os Estados possuem obrigações de Direitos Humanos somente em seu âmbito jurisdicional. Assim, as obrigações seriam realizadas consoante a cooperação²⁰⁵ internacional dos Estados, conforme exemplificado pelo autor²⁰⁶, ao tratar das disposições da Carta da ONU e da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, a responsabilidade indireta dos Estados por graves violações de Direitos Humanos, que possui natureza *erga omnes*²⁰⁷, perpassa pela atribuição da jurisdição acerca de violações de Direitos Humanos ocorridas em território diverso daquele. Com base neste pressuposto, surge como alternativa a atribuição da jurisdição extraterritorial em sua definição como a teoria que possibilita a responsabilização de um ente fora do território em que cometeu o dano²⁰⁸. A análise do escopo deste tipo de jurisdição não seria um estudo substantivo do conteúdo dos tratados, mas sim uma temática que aborda as condições preliminares de sua aplicação²⁰⁹.

A extraterritorialidade, então, apesar da complementariedade defendida por Milanovic, ainda é entendida no DIDH como excepcional²¹⁰ à regra da atribuição de jurisdição pautada na distribuição do território e do local das atividades nocivas praticadas. O percurso para a definição das bases da jurisdição extraterritorial se identifica com aqueles atribuíveis a jurisdição em seu sentido geral, como a legislativa, executória e judicial²¹¹ mas agora, em sua definição, são relacionados a condutas no estrangeiro. A primeira reflete a capacidade dos Estados em prescrever leis para atores que realizam suas condutas no exterior; a segunda se centraliza na capacidade dos Estados em assegurar que as prescrições foram cumpridas; e a terceira compreende a possibilidade dos tribunais em resolver disputas privadas com

²⁰⁴ SKOGLY; Sigrun Ingvild. Regulatory obligations in a complex world: states' extraterritorial obligations related to business and human rights. *In: Building a treaty on business and human rights. Cambridge University Press*, Cambridge, p. 1-30, 2017, p. 1. Disponível em: https://eprints.lancs.ac.uk/id/eprint/86797/2/Ch_12_Skogly_SD_3_SS_revisions_final.pdf. Acesso em: 09 jun. 2023.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 344.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 345.

²⁰⁷ Medina-Ardila, *op. cit.*, p. 16.

²⁰⁸ Rivera, *op. cit.*, 2019, p. 214.

²⁰⁹ Milanovic, *op. cit.*, p. 7.

²¹⁰ BERNAZ, Nadia. Enhancing corporate accountability for human rights violations: is extraterritoriality the magic potion?. *Journal of Business Ethics*, v. 117, 493-511, 2013, p. 493.

²¹¹ ZERK, Jennifer. **Extraterritorial jurisdiction: lessons for the business and human rights sphere from six regulatory areas**. Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No. 59. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2010. P. 13 Disponível em: https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/programs/csi/files/workingpaper_59_zerk.pdf. Acesso em: 08 abr. 2022; Bernaz, *op. cit.*, p. 493.

elementos estrangeiros.

Para Cantú Rivera²¹², a jurisdição extraterritorial seria capaz de atribuir formas de responsabilização por violações cometidas por empresas transnacionais. De Schutter²¹³ defende que, por meio deste instrumento, seria possível atribuir responsabilidade aos Estados que abrigam a matriz empresarial (Estados-mãe), enquanto que Surya Deva justifica que no contexto de violações de Direitos Humanos, o Direito Internacional deve ser capaz de conceber meios para o cumprimento sobre a temática, a exemplo das regulamentações extraterritoriais²¹⁴.

Wade Estey²¹⁵, na mesma esteira, analisa cinco bases que motivam a jurisdição extraterritorial no Direito Internacional, respectivamente a: i) nacionalidade dos envolvidos, pois uma nação pode regular a conduta de seus cidadãos, onde quer que estejam; ii) os efeitos gerados, que permitem a possibilidade de regulação do Estado sobre atos que tenham efeito substancial em outra jurisdição; iii) a proteção, pois o Estado pode regular a conduta extraterritorial em que há conexão entre o ato e a segurança nacional; iv) a universalidade, que considera a jurisdição sobre as atividades que universalmente são consideradas crimes contra a humanidade; v) e a personalidade passiva, pois versa sobre a jurisdição do Estado, onde a vítima do ato é nacional do local que reivindica a jurisdição.

A possibilidade de atribuição extraterritorial às obrigações decorrentes de violações de Direitos Humanos também encontra bases fundadas nos Princípios²¹⁶ (também não vinculativos) de Maastricht sobre as Obrigações Extraterritoriais dos Estados no âmbito dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotadas por um grupo de *experts* da Universidade de Maastricht e da Comissão Internacional de Juristas, os quais enfatizam que os Estados devem proteger os Direitos Humanos tanto dentro de seus territórios, quanto

²¹² Rivera, *op. cit.*, 2019, p. 214.

²¹³ DE SCHUTTER, Olivier. **Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations**, p. 52, 2006, p.1. Disponível em: <https://media.businesshumanrights.org/media/documents/df31ea6e492084e26ac4c08affcf51389695fead.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2022.

²¹⁴ DEVA, Surya. **Corporate human rights violations: a case for extraterritorial regulation. Handbook of the philosophical foundations of business ethics**. Dordrecht; New York: Springer, p. 1077-1090, 2013. p. 1085. Disponível em: <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=693102115122094124001004113108015124025033010045057018088111122064104127106065114014024027057111007030003085067090002012121031011048088035048120121004019118126111041015071017073031088076069104120119015117005102127003076098121004019085008114029098065&EXT=pdf>. Acesso em: 08 abr. 2022.

²¹⁵ ESTEY, Wade. The five bases of extraterritorial jurisdiction and the failure of the presumption against extraterritoriality. **Hastings Int'l & Comp. L. Rev.**, v. 21, 1997, p. 177.

²¹⁶ PRIBYTKOVA, Elena. Extraterritorial obligations in the United Nations system: UN treaty bodies 95. In: **The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations**. Routledge, p. 95. 2021. p. 95-109.

extraterritorialmente²¹⁷.

Assim como as demais previsões legais sobre obrigações extraterritoriais, eles reafirmam a obrigação de respeitar, proteger e cumprir Direitos Humanos como obrigações do Estado tanto dentro dos territórios quanto de forma extraterritorial²¹⁸. Os princípios podem ser utilizados como diretrizes para a abordagem da existência de obrigações extraterritoriais e criação de mecanismos para tanto.

Para Waagstein, uma solução parcial para as brechas criadas pelo vazio normativo existente, sobretudo em busca de reparações às vítimas pode ser aplicada por meio da regulamentação realizada pelo Estado de origem de uma ETN que emana para suas cadeias de valor, como uma versão de sua jurisdição na modalidade prescritiva de forma extraterritorial²¹⁹.

Alguns aspectos devem ser analisados para a identificação do país de origem de uma empresa, pois apesar da obscuridade, que envolve a configuração de uma ETN, no sentido normativo, a busca pela especificação da autoridade do Estado como fixação do país de origem possui importância para atribuição de qual Estado poderá exercer jurisdição²²⁰.

No campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a definição da nacionalidade de um ente pode ser essencial para a designação da responsabilidade estatal, proteção diplomática, jurisdição e procedimentos judiciais, bem como para as definições normativas legislações, restrições e jurisdições externas²²¹. Waagstein²²² define três bases geralmente usadas para estabelecer a ligação entre um Estado e uma corporação, a saber: i) local de incorporação; ii) local de gestão ou sede; iii) local de acionistas e controle em geral.

A definição do país incorporação está relacionada com a nacionalidade de uma grande corporação. Este é um obstáculo encontrado durante sua definição, pois, em geral, as empresas são projetadas, a fim de resguardarem seus países de origem e, para isso, são

²¹⁷ I. Principios generales 3. Todos los Estados poseen obligaciones de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos, incluyendo los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, tanto en sus territorios como extraterritorialmente; Extraterritorial obligations (ETOs) are a missing link in the universal human rights protection system. Without ETOs, human rights cannot assume their proper role as the legal bases for regulating globalization and ensuring universal protection of all people and groups. A consistent realization of ETOs can generate an enabling environment for Economic, Social and Cultural Rights and guarantee the primacy of human rights among competing sources of international law. ETOs provide regulation of transnational corporations, hold Inter-Governmental Organizations accountable for their impacts, and ultimately stop the destruction of ecosystems and the climate (ETOS CONSORTIUM, p. 16, 2013, p. 3). Disponível em https://www.fidh.org/IMG/pdf/maastricht-eto-principles-es_web.pdf. Acesso em: 14 abr. 2022.

²¹⁸ *Ibid.*, pár. 1.3.

²¹⁹ Waagstein, *op. cit.*, p. 362.

²²⁰ *Ibid.*, p. 364.

²²¹ *Idem.*

²²² *Idem.*

obscuras quanto a definição do país ao qual pertencem²²³.

Em segundo lugar, o local de incorporação de uma empresa representa o lugar onde esta foi criada como uma pessoa jurídica, ou seja, onde foi atribuído *status* legal, que expressa o vínculo jurídico daquele ente com o país em que foi instalado²²⁴. Este é um dos critérios para a fixação de qual legislação vigorará sob aquela empresa para efeitos de responsabilização por danos, bem como para a definição das regras de funcionamento da empresa em geral.

A principal problemática deste tipo de definição e fixação de competência, segundo Waagstein²²⁵ é ocasionada pela divergência entre tal acepção e a verdadeira dinâmica corporativa. Muitas empresas estão inativas em seu local específico de incorporação, o que as tornam apenas uma construção ficta naquele local. Assim, utilizar o local de incorporação como o único critério para a definição da nacionalidade de uma empresa, seria insuficiente. Alguns outros requisitos teriam mais importância, tal como o local de gestão de uma empresa.

O local de administração ou gestão ou sede real de uma empresa pode ser identificado como o lugar onde são emanadas as principais decisões relacionadas ao funcionamento geral de uma empresa, onde o controle é efetivamente exercido. Waagstein²²⁶ defende que a nacionalidade deve ser aplicada com base no local onde a conexão concreta entre a empresa e o Estado foi estabelecida. Outra questão a ser analisada neste contexto é que existem divergências entre a definição do local de gestão, se seria o local da administração central ou o local de reunião dos diretores e/ou acionistas.

Em alguns casos de demandas já instauradas utilizando-se do fundamento do domicílio da empresa ser aquele em que se realizam as decisões importantes, tal como no Caso *Nevsun Resources (2020)*²²⁷, a argumentação foi aceita segundo o entendimento de que o local onde se realiza o controle em geral é aquele em que pode ser considerado sua sede.

Esta segunda concepção de “sede” de uma empresa transnacional seria uma exceção ao véu corporativo utilizado pelas empresas, pois ele diverge do conceito de separação entre a incorporação de seus membros e direitos e deveres próprios daqueles. A dificuldade na fixação da sede como o local onde se reúnem os principais diretores e acionistas é, por exemplo, o óbice para identificar a nacionalidade dos acionistas individuais ou dos diretores com poder direto de influência. As extensas redes de empresas interligadas entre investidores do mundo

²²³ *Ibid.*, p. 365.

²²⁴ *Idem.*

²²⁵ *Ibid.*, p. 366.

²²⁶ Waagstein, *op. cit.*, p. 367.

²²⁷ SUPREME COURT OF CANADA. *op. cit.*, n.p.

inteiro tornam cada vez mais difícil reconhecimentos concretas²²⁸.

Por último, diante das dificuldades apontadas, a autora aborda a necessidade da determinação da nacionalidade de uma ETN com base na combinação das diferentes abordagens explicitadas acima. Como exemplo, é citado o caso da Corte Internacional de Justiça (ICJ) de *Barcelona Traction*²²⁹, na qual a Corte aduz que, quando demandada uma empresa, o direito de proteção diplomática pode ser exercido no Estado sob as leis do qual ela é incorporada e cujo território tem sua sede social.

No caso em comento, alguns parâmetros foram aplicados e uma ordem foi observada: o critério do Estado de incorporação deve ser analisado primeiro e caso a corporação seja controlada por pessoas de outros Estados e não possua atividades comerciais substanciais no Estado de incorporação, bem como se o local de administração e controle financeiro for localizado em Estado diverso, o local de administração deve ser critério o empregado. Para Waagstein, o teste do local de acionistas deve ser utilizado excepcionalmente, apenas quando há prejuízo direto para os acionistas ou quando uma corporação deixa de existir²³⁰. Tal regra é oriunda das disposições internacionais sobre direito societário, de forma que apresenta ênfase no aspecto protetivo da sociedade empresarial.

A definição da origem de uma ETN é um dos pressupostos para a atribuição de sua responsabilidade em nível doméstico, pois é momento em que um Estado por intermédio de seu poder de exercício de jurisdição, pode demandá-las ou regulá-las em acordo com os paradigmas de Direitos Humanos assentados no âmbito do DIDH. Essa perspectiva, conforme já avaliada anteriormente, conserva o paradigma estatocêntrico que responsabiliza os Estados e atribui responsabilidade estatal a violações cometidas por empresas transnacionais.

2.2.2.1 *Obstáculos para a aplicação da jurisdição extraterritorial*

Para a responsabilização internacional de um Estado e para que ele exerça jurisdição sobre uma empresa matriz com base nos critérios de origem já levantados, é necessária a relação de causalidade entre a violação de Direitos Humanos e a ação ou omissão estatal²³¹,

²²⁸ *Ibid.*, p. 368.

²²⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, **The Barcelona Traction, Light, and Power Company, Limited Belgium V. Spain**, Judgment, 1962, I.C.J. Report 19, par. 70. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/case/50>. Acesso em: 08 abr. 2022.

²³⁰ Waagstein, *op. cit.*, p. 362.

²³¹ Skogly, *op. cit.*, p. 33.

ou seja, uma ligação suficiente entre o foro e a reivindicação²³².

Após a definição de onde se localiza a origem de uma ETN, a relação de causalidade entre a violação e a ação ou omissão do Estado, deve ser observada como pressuposto para a atribuição da jurisdição para a eleição do foro mais adequado (quando se trata da obrigação extraterritorial jurisdicional).

No âmbito do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos (SIDH), algumas iniciativas recentes demonstram a criação de parâmetros para a aplicação da jurisdição extraterritorial.

Apesar de não existir menção expressa à cláusula de jurisdição na Declaração Americana, nem limitações ao escopo territorial, a Comissão vem aplicando o princípio da universalidade atrelado a uma cláusula de jurisdição implícita para avaliação de responsabilidade extraterritorial²³³. No âmbito da Convenção Americana, o artigo 1(1)²³⁴ faz menção expressa à palavra “jurisdição” ao determinar o âmbito do respeito aos direitos e liberdades.

Em diversos momentos, a Comissão sustentou a responsabilidade de todos os Estados em respeitar as pessoas dentro e fora de seu território, além de utilizar a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) como fundamento para o significado de jurisdição pautado na boa-fé e a omissão da palavra “território” na referida Convenção, significaria que os Estados possam ser responsabilizados por atos ou omissões onde exercem sua jurisdição²³⁵. Outro critério abordado seria a existência denexo causal entre a conduta extraterritorial de um Estado (por meio de ações ou omissões de agentes estatais) e as violações de direito, este seria o “teste do controle efetivo”²³⁶.

A Opinião Consultiva (OC) n.º 23 (2017), que trata sobre problemas ambientais extraterritoriais ou “transfronteiriços” (termo utilizado no documento), da Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabelece a interpretação de que a proteção dos Direitos Humanos inclui situações além dos limites territoriais do Estado. A Corte, ao realizar

²³² Vastardis; Chambers, *op. cit.*, p. 396.

²³³ BURBANO-HERRERA, Clara; HAECK, Yves. Letting States Off The Hook? The Paradox Of The Legal Consequences Following State Non-Compliance With Provisional Measures In The Inter-American And European Human Rights Systems. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, v. 28/3, p. 332–360, 2010, p. 341.

²³⁴ Artigo 1. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, a pessoa é todo ser humano. (CADH, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 abr. 2022).

²³⁵ Burbano-Herrera; Hayek, *op. cit.*, p. 115.

²³⁶ *Ibid.*, p. 123.

esta interpretação, aduz ainda que a proteção extraterritorial está atrelada à universalidade dos Direitos Humanos e a cláusula de jurisdição²³⁷.

Como característica vinculante do conceito de jurisdição – além da interpretação de que o termo é mais amplo que o território do Estado²³⁸, ele deveria vir atrelado ao conceito de “controle”, “poder” ou “autoridade”²³⁹ efetivos sobre uma pessoa. O controle efetivo passa a ser exercido não somente em atividades realizadas no território, mas também pelas realizadas no Estado estrangeiro²⁴⁰.

Neste documento, a Corte também afirma que as questões que envolvem o exercício da jurisdição extraterritorial consistem em situações excepcionais e devem ser interpretadas de maneira restrita²⁴¹. No mesmo contexto, a OC n.º 23/17 foi o instrumento pelo qual a Corte definiu o conceito de “dano significativo” - para a aplicação da extraterritorialidade - como qualquer dano que possa resultar em violações ao direito à vida e integridade pessoal²⁴².

Herrera e Hayek²⁴³ identificam a importância do parecer consultivo para a explicação acerca das obrigações extraterritoriais, pois foi elemento que fortaleceu a jurisprudência interamericana sobre o assunto. Ademais, o avanço foi no sentido de ampliar o escopo da aplicação extraterritorial não somente em momentos de autoridade e controle efetivo em âmbito espacial/territorial²⁴⁴.

Como exemplo, o Relatório da Comissão Interamericana sobre “Empresas e Direitos Humanos: Estândares Interamericanos” (2019) trata da atribuição da responsabilidade extraterritorial quando um Estado exerce controle ou autoridade sobre os atos de uma empresa; ele sustenta que existem bases para exercer a jurisdição que tenha efeitos extraterritoriais sobre a proteção de Direitos Humanos, sobretudo pela possibilidade de influência nas suas obrigações reguladoras, preventivas e fiscalizadoras²⁴⁵.

²³⁷ *Ibid.*, p. 120.

²³⁸ *Ibid.*, p. 120.

²³⁹ La mayoría de estos supuestos involucran una actuación militar o de las fuerzas de seguridad del Estado, que evidencian un “control”, “poder” o “autoridad” en la ejecución de la conducta extraterritorial. Sin embargo, estos no son los supuestos planteados por el Estado solicitante ni corresponden al contexto específico de obligaciones en materia ambiental al que se refiere esta solicitud de opinión consultiva (Organización dos Estados Americanos, 2017, par. 80)

²⁴⁰ Herrera; Hayek, *op. cit.*, p. 121.

²⁴¹ Este Tribunal advierte que los supuestos en que las conductas extraterritoriales de los Estados constituyen ejercicios de su jurisdicción son excepcionales y, como tal, deben ser interpretados de manera restrictiva (Organización dos Estados Americanos, 2017, par. 81, p. 37).

²⁴² Herrera; Hayek, *op. cit.*, p. 121.

²⁴³ *Ibid.*, p. 121.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 122.

²⁴⁵ ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. **Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos**. REDESCA (org.) 2019, par. 153. Washington: CIDH/OEA. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/Informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

Para a Comissão, as cadeias de valor atreladas ao processo de incorporação que inclui “a empresa matriz e demais filiadas estrangeiras”²⁴⁶ que apesar estarem interligadas por regimes legais internacionais, quando verificados os limites de sua responsabilidade, elas têm responsabilidade limitada e são pessoas jurídicas diversas. Ou seja, existe um “véu corporativo” que, pautado na noção de personalidade jurídica separada entre as empresas, pressupõe a impossibilidade de imputar os atos de uma filial à empresa matriz, exceto quando comprovada a existência de influência ou ordem diretas sobre as decisões da segunda²⁴⁷.

A delimitação de parâmetros para a aplicação da jurisdição extraterritorial em consonância com a identificação da natureza das atividades empresariais, sobretudo de caráter transnacional, demonstra um aprofundamento do *corpus iuris* no âmbito do Sistema Interamericano sobre a temática, elementos que, para a criação futura de um tratado sobre Empresas e Direitos Humanos, apesar de não pertencerem a um mesmo sistema de proteção, podem ser experiências válidas e viáveis.

Entretanto, a existência de tais parâmetros ainda não apresenta suficiência para o estabelecimento de foro adequado e da ligação entre a empresa matriz e a condutas violadoras de Direitos Humanos cometidas por sua subsidiária; isto ocorre porque a empresa e sua controladora, com base nas regras de direito societário (aplicável no Direito Internacional), são pessoas jurídicas distintas²⁴⁸.

Em países de direito consuetudinário, a eleição do foro pode ser mitigada com base na regra do *fórum non conveniens*, se o tribunal compreender que existe outro foro mais adequado, ou seja, mais conveniente ou apropriado para atendimento das finalidades legais²⁴⁹. Esta regra fica na interseção entre considerações judiciais e políticas que levam os foros dos Estados de origem de uma ETN a se declararem incompetentes para julgar um caso²⁵⁰, como forma de evasão das responsabilidades empresariais.

Os conceitos de jurisdição e responsabilidade empresarial são atrelados, pois a designação de um foro mais apropriado pode ser tomada com base na concepção de responsabilidade limitada empresarial. Apesar da existência de iniciativas como o Regulamento de Bruxelas que eliminam a regra de decisão de outro foro adequado²⁵¹, uma

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 73.

²⁴⁷ Rivera, *op. cit.*, 2013, p. 316.

²⁴⁸ Vastardis; Chambers, *op. Cit.*, p. 396.

²⁴⁹ Ahmad, *op. cit.*, p. 227.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 230.

²⁵¹ Nas jurisdições da União Europeia, o Regulamento de Bruxelas elimina a disponibilidade do *foro non conveniens* de defesa, ao permitir que a controladora seja processada no país onde está domiciliada, sem que seja

cláusula por si só que elimine a regra do *fórum non conveniens* não é suficiente para a garantia do estabelecimento da relação entre a controladora matriz e sua subsidiária.

Ademais, após a superação do obstáculo jurisdicional, na etapa do mérito, o tribunal deve decidir sobre a desconsideração da personalidade jurídica, a fim de atribuir a responsabilidade à controladora. Com base nas experiências de tentativas já realizadas pelas partes demandantes, os resultados não apresentam uma margem positiva²⁵², para isso os demandantes precisariam ter o árduo trabalho de demonstrar que a empresa matriz criou a controladora para fins ilícitos ou que a subsidiária possuía relações sensíveis com a empresa de origem.

Em terceiro aspecto, um formato de evasão da responsabilidade empresarial ocorre da seguinte forma: em caso de alcance de um julgamento favorável no Estado anfitrião contra a sua subsidiária, a execução de sanções pode ficar prejudicada por sua subsidiária não possuir recursos para satisfazer as obrigações ou pode ser extinta. Neste caso, a execução contra a controladora não seria bem-sucedida em razão da responsabilidade limitada²⁵³.

Varstardis e Chambers apresentam uma solução para a problemática do véu corporativo que busca como fonte o Direito Internacional dos Investimentos (DII). O DII é o ramo que lida com os direitos substantivos dos investidores estrangeiros em relação aos Estados e, para que uma empresa possa estar sob as leis deste ramo do Direito Internacional, deve se qualificar como investidora estrangeira. As fontes incluem tratados de investimentos bilaterais, regionais e setoriais, bem como a Convenção sobre a Resolução de Conflitos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados (ICSID)²⁵⁴ também chamado de mecanismo de solução de controvérsias investidor-Estado (ISDS) e Direito Internacional consuetudinário.

A Convenção ICSID²⁵⁵ possui regras específicas em que acionistas diretos, indiretos ou controladores podem apresentar reclamações contra o Estado anfitrião com o fundamento

necessário demonstrar que o Estado de origem é o foro mais adequado para qual ouvir o caso (Vastardis; Chambers, *op. cit.*, p. 396).

²⁵² *Ibid.*, p. 396.

²⁵³ Vastardis; Chambers, *op. cit.*, p. 396.

²⁵⁴ International Centre for Settlement of Investment Disputes., U.S.A, 2006. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2022.

²⁵⁵ “A Convenção – que tem 75 artigos e 10 capítulos –, no seu intuito de proteger e promover os investimentos privados no exterior, estabelece, vinculado ao BIRD em Washington, um Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos – CIRCI, o qual oferece mecanismos apropriados de conciliação (arts. 28-35) e arbitragem (arts. 36-55), tanto para Estados como para entidades privadas. Deve-se notar que o Centro não concilia ou arbitra as questões, mas simplesmente administra os procedimentos de conciliação e arbitragem previstos na Convenção.” (PEREIRA, Celso de Tarso. O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRDI-ICSID). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 1998, v. 35, p. 87-93, 1998. p. 88).

de que ele causou danos aos negócios da subsidiária. Em geral, a Convenção é utilizada pois rege os investimentos externos relacionados à ETNs no qual para que acessem novos mercados, as empresas geralmente dependem de acordos internacionais de investimentos²⁵⁶.

Para isso, é realizada a desconsideração da personalidade separada que existe entre o ente situado no Estado anfitrião e seus acionistas, com o intuito de determinar a jurisdição e escopo da aplicação dos tratados de investimento. Este fenômeno é considerado como uma “perfuração reversa do véu corporativo”, já que permite a desconsideração dos véus de várias entidades para que acionistas apresentem suas demandas²⁵⁷.

Sob o critério da nacionalidade, o tratado bilateral estabelece dois requisitos para a determinação: i) os investidores estrangeiros são aqueles que investem sem uma subsidiária local constituída separadamente e, ii) quando os investidores investem em uma subsidiária local que é controlada por uma entidade estrangeira, eles podem ser tratados como estrangeiros, o último tipo é o método mais comum de investimento estrangeiro.

Apesar de não haver definição expressa no instrumento sobre o conceito de controle e suas interpretações advierem em sua maioria das sentenças arbitrais com interpretação analógica oriunda dos tratados internacionais de investimentos, Choudhury aduz que atualmente as arbitragens de investimentos têm sido um dos mecanismos pelos quais as corporações têm buscado soluções para as controvérsias existentes entre os países²⁵⁸.

Varstardis e Chambers alegam que no Direito Internacional dos Investimentos, nos principais modelos utilizados para a definição de controle, as interpretações analógicas sugerem menor rigidez e maior ampliação do conceito de controle para a proteção dos investidores e de seus investimentos. Nestes casos, o controle pode ser exercido com base em alguns critérios de controle legal: i) detentores diretos ou indiretos de ações; ii) direitos de voto ou; iii) direitos de administração em uma empresa²⁵⁹. Importa ressaltar que, por esses critérios, a definição de controle parte da empresa que possui seu controle legal em um critério amplo diverso daquele restritivo em que a empresa precisa ter concorrido omissiva e comissivamente para o ato²⁶⁰.

Assim, Varstardis e Chambers propõem a desconsideração do véu corporativo com base no teste de controle comumente utilizado no Direito Internacional dos Investimentos,

²⁵⁶ CHOUDHURY, Barnali. Spinning straw into gold: incorporating the business and human rights agenda into international investment agreements. *U. Pa. J. Int'l L.*, v. 38, p. 425, 2016. p. 425.

²⁵⁷ Vastardis; Chambers, *op. cit.*, p. 398.

²⁵⁸ Choudhury, *op. cit.*, p. 488.

²⁵⁹ Vastardis; Chambers, *op. cit.*, p. 396.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 412.

com o intuito de superar os obstáculos criados pela regra geral da personalidade separada e responsabilidade limitada presentes nas regulações de Direito Internacional sobre entes empresariais.

A desconsideração é proposta em três etapas distintas, a primeira que decorre da especificação da jurisdição e nesta etapa é considerada tanto a jurisdição do Estado em geral (preponderância decisiva) quanto a jurisdição de seus tribunais para decidir sobre uma demanda, o critério para a definição da jurisdição é a identificação do Estado de origem da entidade que controla a subsidiária²⁶¹. Dessa maneira, seria possível superar o requisito da relação entre o foro e a demanda²⁶² e a possibilidade de alegação do *fórum non conveniens*.

A capacidade de perfuração do véu por si só na primeira fase não define a responsabilidade da controladora, pois na fase de mérito os demandantes precisariam estabelecer, sob as legislações aplicáveis ao caso, a forma como a empresa controladora violou seus direitos e isto demandaria (no âmbito de Empresas e Direitos Humanos) a análise da existência de um padrão de cuidado (devida diligência) adequado²⁶³. A desconsideração sugerida na fase de mérito auxiliaria a imputação de responsabilidade à entidade controladora por danos causados pela subsidiária no Estado hospedeiro independentemente dos obstáculos jurídicos criados²⁶⁴.

Na fase de execução (supondo-se que fora obtida uma sentença favorável), a desconsideração da personalidade pode ocorrer para evitar que a subsidiária se evada de arcar com suas responsabilidades por meio da sua extinção ou alegação de impossibilidade de recursos para adimplir com as obrigações. A perfuração do véu permitiria que fossem executados os ativos das empresas controladoras.

Após a etapa de definição do Estado de origem como foro apropriado, a segunda etapa trata da fase de mérito, ou seja, da investigação se a controladora pode ser responsabilizada pelas atividades comissivas ou omissivas de sua subsidiária, de forma que as legislações aplicáveis ao caso devem ser utilizadas com o intuito de provar as violações de direitos.

Esse modelo de desconsideração do véu corporativo é indicado pelas autoras como

²⁶¹ *Ibid.*, p. 410.

²⁶² Scogly, *op. cit.*, p. 33.

²⁶³ *Ibid.*, p. 410.

²⁶⁴ A demanda contra a empresa-mãe perante os tribunais do Estado anfitrião, onde a subsidiária local é extinta ou subfinanciada; e, a demanda contra a empresa-mãe perante os tribunais do Estado de origem. E, é uma forma de superar os requisitos do direito interno para a desconsideração da personalidade jurídica (Vastardis; Chambers, *op. cit.*, p. 410).

mais permissivo que aqueles normalmente utilizados pelas legislações domésticas em demandas sobre Direitos Humanos (e geralmente as empresas beneficiárias das regras do Direito Internacional dos Investimentos são as mesmas demandadas sobre violações de Direitos Humanos) e por esta razão é um modelo útil de abordagem permissiva de controle e a apresentação de uma exceção à regra da personalidade jurídica separada.

Alguns autores, como Surya Deva, defendem a existência da possibilidade de atribuição de responsabilidades às ETNs por violações de Direitos Humanos de forma internacional. Como fundamento deste argumento, o autor infere que já são atribuídos direitos às empresas em escala internacional, tais como quando firmam acordos bilaterais de comércio e financiamento, o que não impediria a atribuição de responsabilidade também por seus atos, sem que necessariamente fosse atribuída a estes entes personalidade jurídica internacional.

3 EXTRATERRITORIALIDADE, DIREITOS HUMANOS E ATIVIDADES EMPRESARIAIS: NORMATIVA DO SISTEMA GLOBAL

Em 2015, durante a primeira sessão e marco da atuação do Grupo de Trabalho Intergovernamental de composição aberta sobre empresas transnacionais e outras empresas, Surya Deva²⁶⁵ trouxe alguns elementos essenciais à discussão da criação de um tratado em matéria de Direitos Humanos e Empresas para os debates realizados. A centralidade da construção de um tratado que não perca de vista seus objetivos, foi um destes pontos. Deva considerou a necessidade de um instrumento internacional vinculante para o preenchimento das lacunas de governança (regulatórias) existentes e, do mesmo modo, a criação de mecanismos para que Estados e vítimas possam responsabilizar as empresas por todos os tipos de violações de Direitos Humanos²⁶⁶.

O pronunciamento de Deva durante a sessão que inaugura um período de negociações para criação de um instrumento juridicamente vinculante sobre a temática, remonta à trajetória²⁶⁷ sobretudo das Nações Unidas (onde foram editadas as primeiras normativas internacionais e firmados os objetivos principais dos sistemas internacionais sobre a proteção de Direitos Humanos quando analisadas as atividades corporativas) das iniciativas para a regulamentação de empresas transnacionais no Direito Internacional dos Direitos Humanos, em decorrência da análise do poder crescente corporativo proporcional ao crescimento das atividades nocivas empresariais e suas estruturas de perpetuação de poder e evasão das responsabilidades empresariais.

O presente capítulo busca, partindo-se da investigação das iniciativas das Nações Unidas para a criação de normas que regulamentem as atividades de empresas transnacionais relacionadas à proteção de Direitos Humanos no plano internacional, analisar os rascunhos para a criação de um tratado juridicamente vinculante sobre a matéria (adiante denominados de *drafts*) e suas modificações ao longo da construção das novas versões no que tange à aplicação da jurisdição extraterritorial.

De forma embrionária, após a implantação do Centro de Empresas Transnacionais em

²⁶⁵ DEVA, Surya. Scope of the proposed instrument: what human rights to be covered. **United Nations Human Rights Council**, 2015. Disponível: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session1/Panel4/Surya_Deva.pdf. Acesso em: 30 maio 2023.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 1.

²⁶⁷ LESSA, Rafaela Ribeiro Zauli; REIS, Daniela Muradas. A ONU e a responsabilidade internacional de empresas por transgressão aos Direitos Humanos. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, v. 5, n. 2, p. 261-274, 2017. p. 261.

1974, cujo projeto de criação de um Código de Conduta para empresas transnacionais foi amplamente rejeitado por países do Ocidente e Oriente, foram criadas pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais (1976), como anexo à Declaração da OCDE sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais²⁶⁸; além da Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social, da Organização Internacional do Trabalho (1977)²⁶⁹.

Em primeiro momento, sob a influência do Consenso de Washington e das políticas neoliberais, a necessidade de criação de um Código de Conduta de natureza multilateral fomentou a criação do Pacto Global (1999), o qual contou com um conjunto de dez princípios sobre boas práticas corporativas em âmbito internacional, acerca das esferas de Direitos Humanos e padrões laborais, ambientais e anticorrupção²⁷⁰.

O referido Pacto apresentou 10 princípios, os quais tratavam de princípios relativos à promoção dos Direitos Humanos, meio ambiente e combate à corrupção²⁷¹, sendo um dos primeiros documentos em que as empresas foram referidas como agentes que possuem obrigações sobre Direitos Humanos. Por meio desta iniciativa, foram fundamentados os principais alicerces da Responsabilidade Social Corporativa, amplamente criticada por defensores de Direitos Humanos²⁷² (críticas que perduram, inclusive, nos momentos atuais), sob o fundamento de que a nomenclatura, na verdade, seria base para organização publicitária empresarial, incapaz, portanto, de remediar violações de Direitos Humanos²⁷³.

Em seguida, com a ampliação do debate mundial sobre as ETNs, foram criadas as “Normas sobre Responsabilidades das Empresas Transnacionais e Outros Empreendimentos Comerciais em Relação aos Direitos Humanos” (2003)²⁷⁴, na constância da estruturação da Subcomissão da ONU para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos. Neste documento, em comparação ao primeiro, também foi reconhecida a necessidade do cumprimento de

²⁶⁸ Waagstein, *op. cit.*, p. 361.

²⁶⁹ INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. 1977. **Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy**. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/english/employment/multi/download/english.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2022.

²⁷⁰ Berrón, *op. cit.*, p. 150.

²⁷¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT. **The ten principles**. 2011. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>. Acesso em: 01 nov. 2022.

²⁷² Peña Gutiérrez, *op. cit.*, n.p.

²⁷³ *I Principle 10: Businesses should work against corruption in all its forms, including extortion and bribery.*

²⁷⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Commission on Human Rights. **Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights**. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 Aug. 2003. Disponível em: [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En). Acesso em: 06 jan 2023.

obrigações de Direitos Humanos, incluindo-se o respeito e a promoção destes como elementos de uma obrigação de natureza empresarial²⁷⁵.

O documento compreendia a existência de obrigações empresariais perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos acerca de uma ampla gama de Direitos Humanos, tais como a obrigação dos Estados em adotar medidas para proteção de Direitos Humanos contra violações realizadas por empresas, o caráter transnacional das obrigações para a existência de mecanismos de monitoramento e controle além do âmbito doméstico²⁷⁶. Foi um dos primeiros documentos internacionais que inseriu de forma expressa a necessidade de atribuir responsabilidade direta às empresas para proteção de Direitos Humanos.

Em razão da fixação de obrigações diretas às empresas transnacionais²⁷⁷, bem como a indicação de que marcos meramente voluntaristas direcionados às empresas não iriam fomentar a proteção de Direitos Humanos, aliado ao fato da necessidade de regulamentações concretas sobre Direitos Humanos e empresas, o documento foi a base para a criação de estruturas indicativas de um regime jurídico internacional capaz de reger ETNs e outras empresas privadas²⁷⁸.

Foi pelo mesmo motivo que as Normas sobre Responsabilidade da ETNs sofreram grande rejeição²⁷⁹. As principais críticas foram a ausência de claras distinções entre as obrigações dos Estados e das empresas e a necessidade da desvinculação de normas para empresas, sob o fundamento de que os entes empresariais não são considerados sujeitos de Direito Internacional²⁸⁰.

Após a aprovação do referido documento pela Subcomissão em 2003, diversas organizações lançaram campanhas diretas contra as referidas Normas e alegaram que estariam sendo violados direitos das empresas transnacionais e, ainda, que as obrigações de Direitos Humanos em âmbito internacional seria matéria exclusiva dos Estados.

Em decorrência das negativas recebidas, as Normas foram aprovadas pela

²⁷⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights**. 2003. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/501576>. Acesso em: 01 nov. 2022.

²⁷⁶ Feeney, *op. cit.*, p. 179.

²⁷⁷ As normas considerariam as transnacionais como órgãos sociais, com obrigação de não apenas “respeito” mas também de promoção de direitos. GEALFOW, Amal Azem; SCHELLONGOVA, Ivana Machonova. Draft Legally Binding Instrument on Business and Human Rights—Is UN Stepping Twice into the Same River? **International and Comparative Law Review**, v. 22, n. 1, p. 153, 2022.

²⁷⁸ BILCHITZ, David. Marco Ruggie: uma proposta adequada para as obrigações de direito humanos das empresas. **SUR—Revista Internacional de Derechos Humanos**, v. 7, n. 12, p. 211, 2010.

²⁷⁹ ROLAND, Manoela Carneiro et al. Desafios e perspectivas para a construção de um instrumento jurídico vinculante em Direitos Humanos e empresas. **Revista Direito GV**, v. 14, p. 393-417, 2018.

²⁸⁰ Feeney, *op. cit.*, p. 174.

Subcomissão de Direitos Humanos em agosto de 2003, o que levou a um grande descontentamento da Organização Internacional dos Empregadores e da Câmara de Comércio Internacional que encabeçaram campanha contra o documento. Quando da apreciação das Normas pela Comissão de Direitos Humanos, elas foram prontamente rejeitadas em 2004 e não foram votadas na Assembleia Geral²⁸¹, restando frustrada uma das primeiras tentativas de regulação de empresas transnacionais e/ou de suas condutas no âmbito do DIDH.

Ainda que houvesse manifesto desinteresse no prosseguimento com as Normas pela Comissão de Direitos Humanos, sua iniciativa evidenciou a necessidade de reconhecimento da existência de responsabilidades de Direitos Humanos para empresas²⁸². Por este motivo e em decorrência da resistência enfrentada, a Comissão se posicionou a fim de apontar um Relator Especial em Matéria de Direitos Humanos e Empresas para analisar a temática²⁸³.

Posteriormente, em 2005, após o fracasso das Normas,²⁸⁴ foi escolhido para ser Relator Especial sobre Empresas e Direitos Humanos, John Ruggie, que antes fora um dos principais conselheiros da formulação do Pacto Global. Nomeado no mesmo ano, Ruggie adentrou em um ambiente de trabalho que já possuía tensões entre duas posições: os voluntaristas que favoreciam a criação de instrumentos não vinculantes e a formulação de parcerias com o setor privado e os legalistas que pretendiam a criação de normas mais rígidas sobre a temática²⁸⁵.

O Relator Especial compreendeu a necessidade da criação de um conjunto de parâmetros internacionais capazes de estabelecer responsabilidades com relação aos Direitos Humanos e Empresas²⁸⁶, o que levou à formulação, no ano de 2008, de um relatório²⁸⁷ que possuía o objetivo de examinar as questões atinentes à responsabilidade empresarial e estabelecer opiniões e recomendações para a consideração da Comissão sobre as diretrizes básicas de atuação de Empresas Transnacionais²⁸⁸.

²⁸¹ Roland, *op. cit.*, p. 396.

²⁸² Feeney, *op. cit.*, p. 190.

²⁸³ Roland, *op. cit.*, p. 395.

²⁸⁴ Bilchitz, *op. cit.*, p. 209.

²⁸⁵ GEALFOW, Amal Azem; SCHELLONGOVA, Ivana Machonova. 2022, *op. cit.*, p. 154.

²⁸⁶ Lessa, *op. cit.*, 265.

²⁸⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Protect, Respect and Remedy: **A Framework for Business and Human Rights**, A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008) Disponível em: <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2022.

²⁸⁸ O mandato do Relator Especial sobre Empresas e Direitos Humanos exigia que ele apresentasse suas opiniões e recomendações para a consideração da Comissão sobre as seguintes questões: (a) identificar e esclarecer padrões de responsabilidade empresarial e *accountability* para empresas transnacionais e outras empresas no que diz respeito aos Direitos Humanos; (b) examinar a participação dos Estados na efetiva regulamentação e atribuição de papel das empresas transnacionais e outras empresas no que diz respeito aos Direitos Humanos,

Foi por meio do Relatório intitulado “Proteger, Respeitar e Remediar: Um Marco sobre Empresas e Direitos Humanos”²⁸⁹ que foram divulgados os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (2008) criados por John Ruggie, no exercício de sua função de relatoria e consistem em um documento com uma proposta de marco normativo, para que as corporações pudessem exercer suas responsabilidades em Direitos Humanos regidas por três pilares que se complementam entre si: Respeitar, Proteger e Remediar²⁹⁰.

Apresentados como resultado de conclusões obtidas dos relatórios formulados pelos órgãos especialistas, organizações internacionais, sociedade civil e de defensores de Direitos Humanos, apesar de ter sido bem recebido (com unanimidade pelo Conselho de Direitos Humanos) por empresas e Estados por ter supostamente alcançado o objetivo do Código de Conduta da ONU²⁹¹.

O Marco Ruggie²⁹², como denominado na academia, consistiu na construção de um documento que contemplou obrigações estatais e empresariais de natureza voluntária em âmbito internacional e marcou um processo de convergência no âmbito da ONU sobre responsabilidade corporativa de respeitar Direitos Humanos. Entretanto, foi alvo de críticas em razão do suposto consenso internacional que publicizara como efeito de sua estruturação.

Para Deva, não houve consenso verídico na publicação dos Princípios Orientadores, mas sim um “consenso retórico” que deu lugar à aceitação de normas antagonistas aos objetivos principais da agenda sobre Empresas e Direitos Humanos e normatizou, ainda que em caráter não vinculativo, terminologias que em graus sutis esvaziam a responsabilidade das empresas pelas violações causadas por suas atividades²⁹³. Isto ocorreu pois não houve acordo ou opinião unânime coletiva sobre o assunto²⁹⁴ e não foram reconhecidos e elaborados adequadamente documentos de consulta e rascunhos da sociedade civil em geral sobre o

inclusive mediante cooperação internacional; (c) investigar e esclarecer as implicações, para as empresas transnacionais e outras empresas, de conceitos como “cumplicidade” e “esfera de influência”; (d) desenvolver materiais e metodologias para empreender avaliações do ponto de vista do impacto sobre os Direitos Humanos das atividades das empresas transnacionais e outras empresas; (e) compilar um compêndio de melhores práticas dos Estados e das empresas transnacionais e outras empresas (BILCHITZ, *op. cit.*, p. 212).

²⁸⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, A/HRC/8/5. 07 de abril de 2008. Disponível em: <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2022.

²⁹⁰ Bilchitz, *op. cit.*, p. 209.

²⁹¹ DEVA, Surya. Treating human rights lightly: a critique of the consensus rhetoric and the language employed by the Guiding Principles. In: **Human rights obligations of business: beyond the corporate responsibility to respect?**. Cambridge University Press (CUP), p. 78-104, 2013. p. 80.

²⁹² BILCHITZ, David. O Marco Ruggie: uma proposta adequada para as obrigações de direitos humanos das empresas. **SUR–Revista Internacional de Derechos Humanos**, v. 7, n. 12, p. 209-241, 2010. p. 209.

²⁹³ Deva, *op. cit.*, p. 80.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 81.

assunto.

Na verdade, a elaboração dos princípios foi desconsiderada e evitadas opiniões que abordassem dissidências sobre os documentos²⁹⁵. E, ainda, para o autor, os Princípios Orientadores refletem a inversão do objetivo de desenvolver normativas voltadas para a responsabilidade corporativa empresarial e, ao revés, dá lugar à responsabilidade estatal por violações competidas por empresas²⁹⁶.

O documento foi construído com princípios não vinculantes, de forma a observar e orientar com prioridade as obrigações estatais por meio de imperativos. O primeiro imperativo refere-se ao dever dos Estados (obrigação positiva)²⁹⁷, em proteger contra violações de Direitos Humanos cometidas pelos entes corporativos por meio de políticas, normas de Direitos Humanos e demandas judiciais²⁹⁸. Assim, os princípios-guia atribuíram ao Estados os deveres de: i) prevenção, ii) investigação, iii) punição e; iv) reparação de violações de Direitos Humanos, desde que cometidas em seu território ou sob sua jurisdição, além da recomendação sobre a prevenção de violações realizadas por empresas localizadas em seu domicílio, além dos territórios²⁹⁹.

O segundo imperativo, indicado pelo verbo “respeitar”³⁰⁰, trata da responsabilidade que as empresas possuem de respeitar Direitos Humanos não somente em conformidade com o direito interno, mas também respeitar as normas de Direito Internacional que se referem aos Direitos Humanos. Com base neste princípio, deve-se observar alguns aspectos: i) o contexto

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 85.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 80.

²⁹⁷ *II. THE STATE DUTY TO PROTECT 27. The general nature of the duty to protect is well understood by human rights experts within governments and beyond. What seems less well internalized is the diverse array of policy domains through which States may fulfil this duty with respect to business activities, including how to foster a corporate culture respectful of human rights at home and abroad. This should be viewed as an urgent policy priority for governments - necessitated by the escalating exposure of people and communities to corporate-related abuses, and the growing exposure of companies to social risks they clearly cannot manage adequately on their own.*

²⁹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights**, A/HRC/8/5, p. 16, 2008. Disponível em: <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2022.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 5.

³⁰⁰ *III. THE CORPORATE RESPONSIBILITY TO RESPECT 51. When it comes to the role companies themselves must play, the main focus in the debate has been on identifying a limited set of rights for which they may bear responsibility. For example, the draft norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights generated intense discussions about whether its list of rights was too long or too short, and why some rights were included and others not. At the same time, the norms would have extended to companies essentially the entire range of duties that States have, separated only by the undefined concepts of “primary” versus “secondary” obligations and “corporate sphere of influence”. This formula emphasizes precisely the wrong side of the equation: defining a limited list of rights linked to imprecise and expansive responsibilities, rather than defining the specific responsibilities of companies with regard to all rights.*

(país em que as atividades empresariais estão sendo realizadas), com o intuito de analisar também as peculiaridades de Direitos Humanos em cada Estado, ii) impacto dos Direitos Humanos na execução da própria atividade da empresa, e, iii) se as relações oriundas da atividade empresarial contribuem com a violação de Direitos Humanos³⁰¹.

Para Ruggie, a obrigação de respeito deve existir independente dos deveres atribuídos aos Estados, mas, por outro lado, não haveria distinções entre as obrigações em termos de hierarquia, não devendo-se falar em obrigações primárias para Estados e secundárias das empresas³⁰². Ruggie também exemplificou que tais responsabilidades não originam somente das obrigações que geram responsabilidades passivas para as empresas, mas também podem implicar na adoção de medidas como a aplicação de políticas internas antidiscriminatórias³⁰³.

Nesse contexto, as empresas devem cumprir com a responsabilidade de respeitar por meio da atuação com devida diligência, medidas que devem ser adotadas para a conscientização e prevenção das violações de Direitos Humanos³⁰⁴. O documento incluiu o conceito de devida diligência com alguns pressupostos: i) a adoção de uma política de Direitos Humanos por meio de orientações em áreas funcionais específicas, a fim de concretizar o compromisso; ii) a avaliação do impacto das suas atividades para os Direitos Humanos com base no contexto nacional e local e nas avaliações de impacto reconhecidas internacionalmente no Direito Internacional dos Direitos Humanos; iii) integração das políticas de Direitos Humanos em todo o contexto da empresa; iv) processos de monitoramento e auditoria da empresa, com o intuito de obter informações sobre Direitos Humanos na empresa³⁰⁵.

Bilchitz aduz que a obrigação de respeitar definida no texto é ambígua ou não se refere à uma interpretação restritiva do DIDH, visto que significaria a responsabilidade de abstenção da violação de direitos e ainda que houvesse manifestação de Ruggie no sentido de que a obrigação de respeito envolve a adoção de medidas positivas por parte das empresas, o imperativo continua sendo restrito e poderia cercear a atribuição de obrigações mais amplas às empresas³⁰⁶.

Já o dever de remediar consiste na criação de mecanismos que possam oferecer reparação específica aos danos causados. As medidas de reparação podem incluir meios

³⁰¹ *Ibid.*, p. 17.

³⁰² *Ibid.*, p. 17.

³⁰³ *Ibid.*, p. 17.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 17.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 18.

³⁰⁶ Bilchitz, *op. cit.*, p. 213.

compensatórios, restituidores, garantias de não repetição e modificações legislativas. Este seria um meio para concretizar o papel do Estado de proteger Direitos Humanos e das empresas na sua responsabilidade de respeito na medida em que devem assegurar medidas de reparação e punição quando após os processos de investigação, se tornarem necessárias³⁰⁷.

Em 2011, quando o Relator Especial apresentou o desenvolvimento destes princípios guias, assim como recomendações aos Estados e empresas, que foram unificados e aceitos na Resolução 17/4³⁰⁸ pela Assembleia Geral da ONU, também fora implementado um Grupo de Trabalho em Matéria de Direitos Humanos, Transnacionais e Outras Empresas (GT) que foi criado para difundir os princípios³⁰⁹.

Deva infere que Ruggie teve sucesso em desviar o foco de debate sobre as principais questões controvertidas sobre Empresas e Direitos Humanos, havendo modificações até mesmo no projeto dos referidos princípios, para deixá-los amigáveis no âmbito comercial, pois não adentrou especificamente em pontos como sanções para empresas, que deixarem de seguir requisitos da devida diligência³¹⁰, ou mesmo responsabilização das empresas de origem por atos praticados por suas subsidiárias³¹¹.

Deva continua o argumento ao aduzir que a falsa sensação de consensualidade seria capaz de levar à imprecisão e à aceitação de um menor denominador comum que nem sempre é benéfico para o contexto de Direitos Humanos³¹² e leva à propositura de compromissos pragmáticos³¹³, tal como o uso da terminologia “impacto” quando se refere às consequências dos atos ou omissões quando o termo ideal para um contexto de proteção de Direitos Humanos seria “violações”³¹⁴, pela consequência das atividades realizadas.

Ruggie retirou da rota de coalizão um dos elementos controvertidos existentes nas

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 213.

³⁰⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Human Rights Council. Human rights and transnational corporations and other business enterprises. Doc ONU A/HRC/RES/17/4, 06 jul. 2011. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/74/PDF/G1114474.pdf?OpenElement>. Acesso em: 01 nov. 2022.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 3.

³¹⁰ Deva observa que existe uma diferença entre devida diligência observada à luz das atividades comerciais (visto que já é uma prática empresarial conhecida sobre gestão de riscos) e a devida diligência entendida sob a égide dos Direitos Humanos. Caso não ocorra uma interpretação (Deva, *op. cit.* p. 99).

³¹¹ *Ibid.*, p. 86.

³¹² *The Kiobel litigation before the US Supreme Court. Shell relied on the SRSG's 2007 report to contend that corporations cannot be held liable for human rights violations under international law, and consequently the former SRSG had to file an amicus and issue an 'issues brief' to explain his position." In the amicus, Ruggie concluded that 'corporations may have direct liability under international law for 76 gross human rights abuses', a conclusion that he did not put as clearly in the 2007 report by drawing the distinction between liability for international crimes and a mere responsibility under international human rights instruments (Deva, *op. cit.*, p. 80).*

³¹³ Bilchitz, *op. cit.*, p. 213.

³¹⁴ Deva, *op. cit.*, p. 80.

Normas que foram amplamente rejeitadas: a existência de responsabilidades vinculantes direcionadas a empresas. Mas, por outro lado, a tentativa de obtenção de um consenso de ordem internacional, garantiu a manutenção do tema na agenda da ONU e a continuidade das discussões³¹⁵.

Não obstante isso, a aceitação de um marco que nivelou por baixo as pautas dos defensores de Direitos Humanos, poderia acarretar óbices na proteção de direitos ou no alcance de melhorias na concretização de direitos³¹⁶.

Nota-se a criação dos Planos Nacionais de Ação (PNAs) em matéria de Direitos Humanos e Empresas, como forma de implementação dos Princípios Orientadores³¹⁷. Os princípios são oriundos de Recomendação do Grupo de Trabalho com base na participação das diversas partes interessadas³¹⁸, mas em sua aplicação prática não atende às demandas essenciais objetivadas pela criação dos princípios, tais como participação dos afetados, falhas na responsabilização das empresas e dos Estados e na construção de diretrizes genéricas³¹⁹.

O principal argumento que justificava a aceitação dos princípios era a indicação de uma governança policêntrica, um pragmatismo de princípios que Ruggie havia identificado após abordar a existência de três pilares para a responsabilidade corporativa: i) a governança pública; ii) governança para a sociedade civil e iii) governança corporativa. Esses três setores precisariam ser mobilizados para garantir que as empresas cumprissem com seu dever de respeito juntamente com a responsabilidade do Estado em proteger e remediar violações de

³¹⁵ *Ibid.*, p. 86.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 286.

³¹⁷ Apesar de não haver menção expressa sobre a criação de Planos Nacionais de Ação na estrutura do Conselho de Direitos Humanos da ONU de 2008 nem as resoluções do Conselho de 2011, sobre a temática de Direitos Humanos e empresas, a ideia da criação de PNAs ganhou destaque entre os Estados e após constantes manifestações sobre o assunto, o Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos emitiu orientações sobre como estruturar os PNAs sobre a temática. O'BRIEN, Claire Methven; FERGUSON, John; MCVEY, Marisa. National Action Plans on Business and Human Rights: an Experimentalist Governance Analysis. *Human Rights Review*, p. 78, 2021. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s12142-021-00637-x> Acesso em: 29 maio 2023.

³¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Orientación para los Planes de Acción Nacionales sobre las Empresas y los Derechos Humanos. **Grupo de Trabajo de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos**. par. 70, 2016.

³¹⁹ RIBEIRO, Cristina Figueiredo Terezo; *et al.* Iniciativas do Estado Brasileiro de responsabilização de empresas frente a violações de Direitos Humanos: uma análise para além do Decreto n 9571/2018. Planos nacionais de ação e políticas públicas na América Latina sobre Direitos Humanos e empresas. *In: Aimée Gabriella Teixeira Martins et al. Planos nacionais de ação e políticas públicas na América Latina sobre Direitos Humanos e empresas*. Goiânia: Cegraf UFG, 2020. Disponível em: <http://www.consorciোধ.ufpa.br/livros/PlanosNacionaisdeAcao%20pol%C3%ADticasPublicasnaAmericaLatina.pdf#page=94>. Acesso em: 29 maio 2023; ROLAND, Manoela C., FARIA JR., Luiz Carlos S., JÚLIO, Kaliandra Casatti, CASTRO, João Luis Lobo Monteiro de. Planos Nacionais de Ação sobre Empresas e Direitos Humanos na América Latina: Análises sobre Colômbia, México e Chile. *In: Cadernos de Pesquisa Homa*, v. 1, n. 4, 2018.

Direitos Humanos³²⁰.

A tentativa de obtenção de um consenso de ordem internacional garantiu a manutenção do tema na agenda da ONU e a continuidade das discussões para que a área fosse desenvolvida³²¹, porém a insuficiência dos princípios foi evidenciada pela voluntariedade e direcionamento de obrigações diretas somente aos Estados, a dificuldade em fincar padrões de conduta baseados na devida diligência³²² e em concretizar padrões de Direitos Humanos, que revelaram novamente a necessidade de execução de uma pauta sobre um instrumento vinculante internacional.³²³

Em paralelo, a ONU também já apresentava outros mecanismos que tratam da temática sobre ETNs: a UNCTAD (Estrutura de Política de Investimento para o Desenvolvimento Sustentável), com o trabalho sobre investimento e comércio que relata os impactos sociais manejados pelos fluxos transnacionais de bens, serviços e capital; e a Agenda 2030 da ONU relacionada à sustentabilidade, voltada para o papel do setor privado no alcance das metas de desenvolvimento sustentável e respeito aos Direitos Humanos em consonância com os Princípios Orientadores.

Este conjunto de agências e estruturas são objetos de indagação por pesquisadores, sobre os esforços normativos da ONU e se seus objetivos se dissiparam³²⁴, visto que conforme analisado na produção dos princípios, há busca pela convergência entre os interesses comerciais e as obrigações internacionais na agenda de Direitos Humanos.

Foi por meio da Resolução n.º 26/9, de 26 de junho de 2014, que se implementou o Grupo de Trabalho Intergovernamental de composição aberta sobre empresas transnacionais (GT),³²⁵ em coexistência com o grupo encarregado de promover os princípios,³²⁶ para dar continuidade aos esforços na criação de normas vinculantes em matéria de Direitos Humanos e Empresas. O referido documento estabeleceu o mandato para a elaboração de um instrumento internacional vinculante que teria o objetivo de regular as atividades de empresas

³²⁰ GEALFOW, Amal Azem; SCHELLONGOVA, Ivana Machonova. Draft Legally Binding Instrument on Business and Human Rights—Is UN Stepping Twice into the Same River?. *International and Comparative Law Review*, v. 22, n. 1, p. 153, 2022., p. 154.

³²¹ Deva, *op. cit.*, p. 80.

³²² MARES, Radu. Regulating transnational corporations at the United Nations – the negotiations of a treaty on business and human rights. **The International Journal of Human Rights**, 26, 9, 2022, p. 1525.

³²³ Roland, *op. cit.*, p. 402.

³²⁴ Deva, *op. cit.*, p. 80.

³²⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/HRC/26/L.22/Rev.1. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/776246>. Acesso em: 10 nov. 2022.

³²⁶ MARES, Radu. Regulating transnational corporations at the United Nations – the negotiations of a treaty on business and human rights. **The International Journal of Human Rights**, 26, 9, 2022, p. 1523.

transnacionais e outras empresas³²⁷.

Em suma, o tratado visa regular os Direitos Humanos relacionados às atividades corporativas transnacionais e preencher a lacuna normativa existente quando se trata da responsabilização empresarial por violações de Direitos Humanos³²⁸.

Conforme a resolução que criou e regulamentou a atuação do Grupo Intergovernamental, suas atividades se subdividiram em períodos de sessões e nas primeiras fases foi encarregado de tratar de deliberações construtivas sobre o conteúdo, alcance e natureza do instrumento. Como estrutura de atuação, seriam formuladas declarações gerais e constituídas mesas redondas sobre questões temáticas de acordo com o programa de trabalho proposto.

As sessões do grupo de composição aberta seriam compostas por Estados membros das Nações Unidas, Organizações Intergovernamentais e Organizações não Governamentais, como entidades consultivas. Os referidos participantes fomentaram debates e expuseram questões atinentes ao tratado em painéis e mesas redondas, que demarcam o início de uma quarta fase da agenda internacional sobre a temática. Em cada mesa de debates, haveria a possibilidade de ouvir os comentários dos grupos políticos, grupos regionais, Estados, Organizações Intergovernamentais, instituições nacionais de Direitos Humanos e sociedade civil³²⁹.

A primeira sessão do Grupo de Trabalho Intergovernamental ocorreu entre os dias 06 e 10 de julho de 2015 e foi realizada com o intuito de debater conteúdo, alcance, natureza e forma do instrumento internacional³³⁰. Contou com a baixa adesão dos Estados, mas com ampla participação da sociedade civil transnacional³³¹ e, além disso, a votação acerca da criação de um instrumento vinculante no Conselho de Direitos Humanos, retratou a clara discrepância entre os votos do norte e sul globais³³² (20 votos a favor, 14 votos contrários e 13

³²⁷ *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.* ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/HRC/26/L.22/Rev.1. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/776246>. Acesso em: 30 abr. 2020.

³²⁸ Gealfow; Schellongova, *op. cit.* 157.

³²⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report on the first session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, with the mandate of elaborating an international legally binding instrument.** Disponível em https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/31/50. Acesso em: 16 mai 2023.

³³⁰ Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/018/25/PDF/G1601825.pdf?OpenElement>. Acesso em: 04 jul. 2023.

³³¹ Roland, *Op. cit.*, p. 403.

³³² *Ibid.*, p. 403.

abstenções)³³³.

Os Estados que rechaçaram a estruturação internacional para a criação de um tratado vinculante são sedes das principais corporações transnacionais, com evidência ainda maior dos Estados europeus³³⁴. Além deles, países do sul global que se posicionaram a favor do processo dos Princípios Orientadores, rechaçaram a criação do instrumento vinculante por alguns dos seguintes motivos: i) conveniência estratégica, de modo a evitar sanções ou repressões econômicas; ii) pressão política, e iii) conveniência estratégica³³⁵.

Apesar das evidentes resistências, em primeiro momento, o GT estava dedicado a discussões em torno do instrumento vinculante sobre Empresas e Direitos Humanos, as possíveis obrigações jurídicas atribuíveis às ETNs e a concretização dos deveres estatais sobre o assunto.³³⁶ Nesse sentido, consoante o disposto na Resolução, as duas primeiras sessões discutiram o escopo do tratado, principais conceitos e categorias a serem abordadas³³⁷.

Em específico na primeira sessão, o Grupo seria responsável por absorver as opiniões e propostas dos Estados e demais interessados³³⁸ e, nesse momento, com a presença de representantes dos países³³⁹, organizações intergovernamentais³⁴⁰ e organizações não governamentais (ONGs), além de ressaltada a importância da criação de um tratado sobre Empresas e Direitos Humanos, fora eleita como presidente para relatoria dos períodos de sessões, a Representante Permanente do Equador.

³³³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/HRC/RES/26/9. **Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights.** 2014. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement>. Acesso em: 04 jul. 2023.

³³⁴ VIEIRA, Flavia do Amaral. Direito Internacional Em Movimento: Mecanismos de Responsabilização de Empresas Transnacionais por Violações de Direitos Humanos. **Tese de Doutorado.** Universidade Federal do Pará. 2021, p. 136.

³³⁵ *Ibid.*, p. 136.

³³⁶ MONTESINOS PADILLA, Carmen. **Los principios Ruggie y la Agenda 2030: un futuro de recíprocas influencias por explorar.** p.36, 2018. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6542016.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2023.

³³⁷ Vieira, *op. cit.* 2021, p. 136.

³³⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/HRC/26/L.22/Rev.1. Disponível em: https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/26/L.22/Rev.1. Acesso em: 30 abr. 2020

³³⁹ Argélia, Argentina, Áustria, Bangladesh, Bolívia (Estado Plurinacional de), Brasil, Bulgária, Chile, China, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, Egito, El Salvador, Etiópia, Rússia, Filipinas, França, Gana, Grécia, Guatemala, Haiti, Honduras, Índia, Indonésia, Irã, Iraque, Itália, Quênia, Kuwait, Letônia, Líbia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malásia, Marrocos, México, Mônaco, Myanmar, Namíbia, Nicarágua, Países Baixos, Paquistão, Peru, Catar, República Árabe Síria, República da Coreia, República Dominicana, República da Moldávia, Singapura, África do Sul, Suíça, Tailândia, Trinidad e Tobago, Tunísia, Ucrânia, Uruguai, Venezuela e Vietnã. Contou também com a participação da União Europeia em alguns dias, bem como Palestina e Santa Sé.

³⁴⁰ A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, o Conselho da Europa, a Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres, o Fundo das Nações Unidas para a Infância, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) e Centro Sul.

O percurso das discussões relacionadas à construção de um tratado vinculante foi permeado, em cada fase, por conflitos de interesses entre os três atores envolvidos: Estados, empresas e sociedades afetadas³⁴¹. As empresas seguiram na defesa de seus interesses, manutenção do *status quo*³⁴² e, conseqüentemente, na preservação da captura política e arquitetura da impunidade que convergem com os posicionamentos relacionados ao distanciamento de obrigações diretas relacionadas às empresas.

O GT, apesar de reconhecer a necessidade da criação de obrigações diretas a empresas transnacionais, expressou também sua preocupação sobre as limitações de um tratado desta natureza, seja na regulação das condutas empresariais, no alcance de Direitos Humanos a serem protegidos pelo escopo do documento como também na participação das vítimas e comunidades afetadas. Assim, o Grupo de elaboração do tratado deixou de lado algumas propostas iniciais para apresentar obrigações diretas às empresas transnacionais e também não apresentou articulação para a criação de mecanismos de supervisão mais rígidos como tribunal ou outros³⁴³.

Os debates oriundos das sessões deram origem ao projeto de instrumento juridicamente vinculante descrito nos primeiros rascunhos ou *Drafts - Zero Draft (2018), Draft One (2019), Second Draft (2020) e Third Draft (2021)*. Mas, antes da elaboração dos referidos rascunhos, o documento “Elementos para o Projeto do Instrumento legalmente vinculante sobre Empresas Transnacionais e outras Empresas com Respeito aos Direitos Humanos” (mais adiante chamado de “Elementos”), publicado em 2017, foi construído com vistas a direcionar as bases para a produção dos *Drafts*, conforme previsto na Resolução n.º 26/9, como ato a ser realizado após as duas primeiras sessões do GT.

Os Elementos fixaram possíveis princípios e objetivos a serem seguidos e frisaram a responsabilidade do Estado (princípio da responsabilidade primária)³⁴⁴ em proteger violações e abusos de Direitos Humanos dentro de seu território e/ou jurisdição por terceiros e responsabilidade das transnacionais em respeitar Direitos Humanos, bem como a responsabilidade do Estado por atos privados quando este não atuar com devida diligência na prevenção, investigação e indenização de violações ou abusos³⁴⁵.

³⁴¹ Brennan; Berrón, *op.cit.*, p. 476.

³⁴² Vieira, 2021, *op. cit.*, p. 136.

³⁴³ Mares, *op. cit.*, 1526.

³⁴⁴ Implica que os Estados devem tomar todas as medidas para alcançar o objetivo de proteção contra violações de Direitos Humanos em seu território e/ou jurisdição por parte de terceiros inclusive privados. Fundação Escola Nacional de Administração Pública – Enap, p. 18, 2021, p. 5.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 3.

Além disso, o princípio da cooperação internacional foi, desde já, inserido no rol das bases a serem respeitadas durante a elaboração do tratado, juntamente com a primazia dos Direitos Humanos sobre os acordos comerciais e de investimentos³⁴⁶, além de especificações maiores sobre a colaboração entre os Estados na obtenção de provas, acesso à informação, proteção a testemunhas, auxílio no julgamento e execução de sentenças.

O documento também reconheceu a proteção a todos os direitos reconhecidos em tratados de Direitos Humanos e outros instrumentos governamentais relacionados, tais como aos direitos trabalhistas, meio ambiente e corrupção, bem como a atuação com devida diligência em Direitos Humanos, conforme fora sugerido pelos especialistas nas primeiras sessões, e nos aspectos específicos das obrigações empresariais, foram adotadas algumas determinações : i) o cumprimento das leis aplicáveis e respeito aos Direitos Humanos reconhecidos internacionalmente, independentemente do local; ii) prevenção dos impactos de duas atividades e fornecimento de reparações necessárias quando determinados por processos judiciais ou extrajudiciais; iii) projeção, adoção e implementação de políticas internas consistentes com os padrões de Direitos Humanos reconhecidos internacionalmente acompanhamento eficaz com mecanismos de revisão; iv) abstenção de atividades nocivas ao Estado de direito e de esforços governamentais para a garantia de Direitos Humanos.

A publicação dos *Drafts* marca momento posterior à divulgação dos Elementos e denota uma correspondência esparsa com os objetivos firmados para a construção do tratado seja nos pronunciamentos nas primeiras sessões ou no que fora referido durante a publicação dos Elementos.

Após as análises e críticas realizadas ao *Zero Draft*, publicado em 16 de julho de 2018, um ano depois foi publicado o *Draft (Draft One)* do Tratado Vinculante sobre Empresas e Direitos Humanos e foi divulgado em 16 de julho de 2019, oriundo de esforços para a criação de normas, que incluíssem a extraterritorialidade inerente a atuação de empresas transnacionais. Neste seguimento, em 2020, o Grupo de Trabalho divulgou o *Second Draft*³⁴⁷ e continuou sem grandes alterações, manteve a mesma estrutura presente anteriormente³⁴⁸, ou seja, obrigações diretas aos Estados e as obrigações direcionadas às empresas são apenas

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 4.

³⁴⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. OEIGWG CHAIRMANSHIP SECOND REVISED DRAFT. Legally Binding Instrument To Regulate, In International Human Rights Law. **The Activities Of Transnational Corporations And Other Business Enterprises**. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf. Acesso em: 14 jan. 2023.

³⁴⁸ Roland, *op. cit.*, p. 1.

reproduções dos já conhecidos Princípios Orientadores³⁴⁹.

Em primeiro momento, os rascunhos demonstraram padrão estrutural semelhante à construção realizada pelos Princípios durante o mandato de Ruggie com semelhanças na escolha por não apresentar obrigações diretas e vinculantes às empresas³⁵⁰ e em sua estruturação com base em imperativos. Desse modo, possivelmente teriam sido reproduzidas as principais falhas existentes nos Princípios Orientadores e, por sua vez, pressupostos da aplicação da jurisdição extraterritorial também estariam ausentes e presentes falhas estruturais que impediriam a longo prazo a proteção efetiva de Direitos Humanos.

3.1 OS DRAFTS DO INSTRUMENTO JURIDICAMENTE VINCULATIVO E JURISDIÇÃO TERRITORIAL: ESCOPO DE SUA APLICAÇÃO

A responsabilização de empresas transnacionais perpassa pela dificuldade em definir o real responsável pela violação de Direitos Humanos nas cadeias de produção. Os obstáculos são evidenciados pela definição de qual Estado exercerá jurisdição pelas atividades empresariais realizadas ao longo das relações entre as empresas matrizes e subsidiárias, o que decorre também da necessidade de compreensão do alcance e definição de terminologias que delimitam a responsabilidade empresarial, tais como o formato de assunção da jurisdição, a compreensão das relações entre cadeias produtivas e até mesmo o foco que é dado aos sujeitos de direitos.

Logo, nas primeiras fases de debates sobre o tratado, as abordagens dos painéis de discussão, além de seus temas centrais se voltaram para duas temáticas que geravam preocupações iminentes à criação de um tratado: o caráter transnacional das empresas – o tratado como um mecanismo que regulasse os Estados não somente em relação à suas empresas nacionais – e a jurisdição de um Estado sob estas empresas por meio da extraterritorialidade, ou “jurisdição transnacional”³⁵¹.

Para Mares,³⁵² a forma como os princípios estão dispostos demonstra uma orientação voltada para uma “causa raiz” implícita acerca da responsabilidade corporativa e os abusos de Direitos Humanos cometidos por empresas, sendo que este formato deveria ser explícito, pois o impacto das atividades empresariais nas violações de Direitos Humanos envolve escolhas de

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 3.

³⁵⁰ Mares, *op. cit.*, p. 1523.

³⁵¹ Termo escolhido pelo professor McQuocordale durante sua exposição no Painel II, da primeira sessão do Grupo Intergovernamental (2015).

³⁵² Mares, *op. cit.*, p. 1524.

gestão de riscos e ramificações mais amplas que não foram estreitamente discutidas.

Outro aspecto identificado por Mares é a rigidez das responsabilidades corporativas visadas pelo tratado da ONU³⁵³. A análise deve ser voltada para a natureza das obrigações de Direitos Humanos que são diversas dos impactos sociais e impactos residuais. Aqui também se resolve a questão da insuficiência da discussão sobre o que o autor chama de “gestão de riscos de violações de Direitos Humanos”, que ocasiona a escolhas inviáveis de prevenção, que deturpam a natureza protetiva e são trunfos da governança policêntrica³⁵⁴.

Os fatores mais sensíveis nas cadeias de produção se relacionam com a má conduta corporativa e Estatal que levam a violações de Direitos Humanos³⁵⁵. Dessa forma, a má conduta (omissiva ou comissiva) é uma causa raiz relacionada pelos Princípios Ruggie como fundamental para a prática violadora³⁵⁶.

Não obstante a isso, apesar das sugestões para a criação de mecanismos nacionais para recebimento de denúncia e produção de relatórios, as delegações voltaram a destacar a questão da extraterritorialidade e a proteção de Direitos Humanos contra atos de terceiros e a adoção de medidas de proteção no estrangeiro sempre que exista um vínculo razoável entre um Estado e as atividades empresariais³⁵⁷.

A constante preocupação sobre as dificuldades de ordem jurisdicional como forma de evadir a responsabilidade empresarial ficou evidenciada pela exposição dos panelistas, que preconizaram a extraterritorialidade e a cooperação como forma de elucidar o problema, mas também sobre as indicações dos princípios basilares do tratado, que dentre eles a eliminação do instituto do *fórum non conveniens* e do conceito do véu corporativo, como forma de garantir a apreciação jurisdicional³⁵⁸.

Nesse sentido, a necessidade de responsabilização de empresas, para além do foro onde cometeram o dano (exceção à regra de jurisdição), recai também dos efeitos do tratado em seu objetivo substancial de proteger Direitos Humanos de violações perpetradas por empresas por meio de regras vinculantes que estão ainda em construção. Para Roland e

³⁵³ *Ibid.*, p. 1525.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 1525.

³⁵⁵ Tais como práticas de corte com os fornecedores que levam a violações de direitos dos trabalhadores ou a manutenção de relações comerciais com parceiros abusivos, relaxamento de regulamentações trabalhistas para a competição nos mercados globais a baixos custos (Mares, *op. cit.*, p. 1526). Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13642987.2022.2036133>. Acesso em: 14 jan. 2023.

³⁵⁶ Mares, *op. cit.*, p. 1526.

³⁵⁷ ROLAND, Manoela Carneiro; *et al.* Analysis of the Second Revised Draft of the Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights. **Homa Publica**, v. 5, p. 1, 2021.

³⁵⁸ Roland, *op. cit.*, p. 16.

Ramos³⁵⁹, a extraterritorialidade seria o “coração” da estrutura de um tratado e, para Soares e Roland, a ausência de previsões extraterritoriais teria o condão de esvaziar o conteúdo do tratado e comprometer diretamente sua eficácia³⁶⁰. Por esse motivo, continua sendo um dos aspectos controversos na estruturação do tratado, seja pela inserção de artigos que autorizam o exercício da jurisdição extraterritorial ou pela concatenação de demais definições imprescindíveis para a responsabilização.

A seguir serão analisados os principais debates acerca da extraterritorialidade e temas conexos³⁶¹ no contexto da construção do instrumento vinculante sobre Empresas e Direitos Humanos, para tanto, busca-se relacionar os elementos doutrinários sob a ótica da responsabilidade indireta e do instituto da jurisdição extraterritorial evidenciado no texto do instrumento vinculante.

3.1.1 Princípios e escopo do tratado e o grau de responsabilidade atribuído às empresas transnacionais: a modificação dos rascunhos ao longo do tempo

Conforme exposto na Resolução 26/9, o estabelecimento do Grupo de Trabalho Intergovernamental Aberto sobre Corporações Transnacionais e outras Empresas (GT) cujo mandato foi firmado com a finalidade de elaborar um instrumento juridicamente vinculante para regular no Direito Internacional dos Direitos Humanos, atividades de corporações transnacionais e demais empresas³⁶² foi realizado no intuito de dar andamento às atividades necessárias para a construção do tratado.

Para isso, a referida Resolução estruturou os períodos de sessões e de que forma seriam realizados os debates e negociações. Assim, nos dois primeiros períodos de sessões seriam consagrados os principais elementos sobre conteúdo, alcance e natureza³⁶³ do instrumento e, no terceiro período de negociações, o Relator do GT seria encarregado de produzir o documento intitulado “Elementos”, conforme já referido anteriormente, com a intenção de materializar as negociações substantivas sobre o tema.

³⁵⁹ Ramos; Roland, 2022, op. cit p. 65.

³⁶⁰ SOARES, Andressa; ROLAND, Manoela Carneiro Da jurisdição de necessidade ao tratado vinculante: a saga do acesso transnacional à justiça das vítimas de atividades de empresas transnacionais. **Revista de Direito Internacional**, v. 19, n. 2, 2022, p. 30.

³⁶¹ Como temas conexos, tem-se a responsabilização de empresas nos países onde estão situadas as suas matrizes empresariais, os problemas envolvendo violações de Direitos Humanos nos países hospedeiros de Direitos Humanos, a necessidade de cooperação entre os países para a garantia do acesso à justiça para as vítimas de Direitos Humanos e a aplicação de legislação pertinente ao contexto além dos territórios.

³⁶² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/HRC/RES/26/9. Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, p. 3, 2014, p. 2. Disponível em: <https://www.ihrb.org/pdf/G1408252.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2023.

³⁶³ *Ibid.*, p. 2.

No primeiro período de sessões, fora recomendado que as opiniões e propostas fossem realizadas por via oral ou escrito dos Estados e demais interessados sobre os princípios, alcance e demais elementos que constituiriam o instrumento internacional.

Para o estabelecimento do Grupo, foi proporcionado assessoramento independente e especializado para o cumprimento do mandato. Assim, as primeiras sessões foram compostas de painéis (ou mesas) nas quais era eleita uma temática central³⁶⁴ e os interessados poderiam debater sobre o conteúdo do tratado sobre aquele tema. Ao final de cada sessão, é produzido um relatório com as principais informações debatidas nos painéis e as partes também podem realizar contribuições escritas sobre temas que consideram essenciais na produção do tratado³⁶⁵.

As sessões seguintes, após as que trataram sobre os conteúdos substanciais para a construção do tratado, foram estruturadas por meio da apresentação do rascunho do tratado e declarações orais dos países e demais interessados³⁶⁶ sobre o texto em painéis subdivididos por artigos do Rascunho ora debatido.

Assim, em decorrência do processo elaborativo das sessões, os rascunhos dos tratados foram modificados ao longo do tempo. De forma geral, quanto à finalidade e objetivo dos rascunhos, com base no que fora almejado pelos especialistas nas sessões e o documento “Elementos para o Projeto do Instrumento legalmente vinculante sobre Empresas Transnacionais e outras Empresas com Respeito aos Direitos Humanos”, algumas disposições entraram em conflito.

Em primeiro plano, o *Zero Draft* (2018) demonstrou o posicionamento do GT acerca

³⁶⁴ As temáticas escolhidas na 1ª sessão, foram: 1) *Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Renewed Commitment by all States*; 2) *Principles for an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations (TNCs) and other Business Enterprises with respect to human rights*; 3) *Scope - Coverage of the Instrument: TNCs and other Business Enterprises: concepts and legal nature in international law*; 4) *Scope – Human rights to be covered under the Instrument with respect to activities of TNCs and other business enterprises*; 5) *Content – Obligations of States to guarantee the respect of human rights by TNCs and other business enterprises, including extraterritorial obligations*; 6) *Content – Enhancing the responsibility of TNCs and other business enterprises to respect human rights, including prevention, mitigation and remediation*; 7) *Content - Legal liability of TNCs and other business enterprises: What standard for corporate legal liability and for what conduct?*; 8) *Content – Building national and international mechanisms for access to remedy, including international judicial cooperation, with respect to human rights violations by TNCs and other business enterprises - The OHCHR accountability and remedy project -*; seguidos das observações finais. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/session1/session1>. Acesso em: 14 jan. 2023.

³⁶⁵ Como exemplo a observação escrita do International Service for Human Rights - incluída como pauta na 1ª Sessão sob o documento A/HRC/WG.16/1/NGO/10. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session1/A.HRC.WG.16.1.NGO.1.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2023.

³⁶⁶ Incluindo-se organizações não governamentais, instituições nacionais e entre outros. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/session4/session4>. Acesso em: 04 mai. 2023.

das manifestações externas sobre o assunto e, ao contrário das expectativas, não foram reproduzidas questões sensíveis ao debate da proteção de Direitos Humanos para o texto. Guamán³⁶⁷ observa que o conteúdo do *Zero Draft* publicado não conserva os delineamentos publicados pelo documento “Elementos”, que havia sido divulgado anteriormente e nem com as atividades de debates do Grupo de Trabalho e tampouco com os objetivos fundamentais da Resolução n.º 26/9, que criou o referido GT.

Além das questões estruturais do preâmbulo,³⁶⁸ o *Zero Draft* demonstra de forma clara a escolha em não abordar responsabilidade direta a empresas³⁶⁹; os redatores optaram por conservar a estrutura dos Princípios Orientadores no corpo do tratado, o que perdura até os momentos atuais.

De forma diversa do documento “Elementos” para a criação do tratado, que havia elencado uma série de obrigações específicas para as empresas, o reduzido aporte estrutural suprimiu também a seção sobre os princípios, sobretudo na indicação de que estes são superiores aos tratados de investimentos ou outros acordos de cunho econômico³⁷⁰. Assim, dos principais exemplos da conservação da lógica dos princípios é a ausência da afirmação da primazia dos instrumentos de Direitos Humanos sobre os acordos de comércio e financiamento e a falta de definição clara sobre empresas transnacionais e o formato de proteção que será utilizado no texto do tratado.

No preâmbulo do *Zero Draft*, foram apresentadas definições controvertidas, tais como a frase “proteção contra as violações de Direitos Humanos cometidas por terceiros, incluídas por empresas em seu território ou de outra forma sob sua jurisdição ou controle³⁷¹” é discutível ao ponto em que gera indeterminação sobre quais atividades empresariais devem ser abrangidas pelo texto do tratado³⁷² pois apresenta uma definição unitária³⁷³, diversa

³⁶⁷ Guamán, *op. cit.*, p. 5.

³⁶⁸ *Más allá del error que supone denominar al Preámbulo como “artículo 1”, su contenido denota ya desde el inicio una clara voluntad de reducir las posibilidades del del futuro instrumento, haciéndolo descansar sobre un punto fundamental: la responsabilidad primaria de los Estados de “promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y las libertades fundamentales”. En este sentido, el texto omite por completo la atribución de responsabilidades directas a las empresas, que aparecían claramente, en cambio, en el Documento de Elementos (Guamán, *op. cit.*, p. 3).*

³⁶⁹ Mares, *op. cit.*, p. 1524.

³⁷⁰ Birchall, *op. cit.* p. 7.

³⁷¹ *Stressing that the obligations and primary responsibility to promote, respect protect and fulfill human rights and fundamental freedoms lie with the State, and that States must protect against human rights abuse by third parties, including business enterprises, within their territory or otherwise under their jurisdiction or control, and ensure respect for and implementation of international human rights law. Legally Binding Instrument To Regulate, In International Human Rights Law, The Activities Of Transnational Corporations And Other Business Enterprises (A/HRC/40/48, 2019).*

³⁷² Guamán, *op. cit.*, p. 8.

daquela descrita nos “Elementos”³⁷⁴, pois elimina os demais entes envolvidos nas cadeias de valor.

Em termos estruturais, as terminologias utilizadas sugerem um aporte mais “brando” das obrigações empresariais a respeito da proteção de Direitos Humanos. As empresas continuam com a obrigação de respeitar (como um seguimento do que fora definido pelos Princípios Orientadores) e realizam “impactos negativos” ao invés de violações de Direitos Humanos³⁷⁵. Assim, a abordagem conceitual presente no *Draft Zero* segue dotada de algumas imprecisões como a incompreensão sobre o conjunto de violações que significariam “abusos de Direitos Humanos” e de conceitos específicos, como a ausência da definição de violações de direitos decorrentes de atividades empresariais³⁷⁶.

Ressalta-se que a construção do referido *Draft* foi marcada por manifestações polarizadas, por um lado manifestações das organizações empresariais e as delegações da União Europeia³⁷⁷ que indicaram preocupações e contrariedades sobre possível atribuição de responsabilidades diretas a empresas e por outro aceções reiteradas pelas apresentações dos especialistas, como Deva³⁷⁸, que inferiu sobre a necessidade de atribuição de responsabilidades legais e diretas para empresas no corpo do tratado sem que necessariamente fosse atribuída personalidade jurídica internacional a estes entes e demais atores da sociedade civil.

A busca pela responsabilização direta de ETNs por violações não ganha espaço na redação do *Draft Zero*, pelo contrário, as responsabilidades dos Estados ganham maior amplitude em detrimento da reduzida especificação de quais seriam as obrigações empresariais no documento³⁷⁹. Para Birchall, o *Zero Draft* não aumentou as expectativas da

³⁷³ Article 4. Definitions. “Business activities of a transnational character” shall mean any for-profit economic activity, including but not limited to productive or commercial activity, undertaken by a natural or legal person, including activities undertaken by electronic means, that take place or involve actions, persons or impact in two or more national jurisdictions.

³⁷⁴ Article 9. 2.2 Acts subject to its application. Violations or abuses of human rights resulting from any business activity that has a transnational character, including by firms, partnerships, corporations, companies, other associations, natural or juridical persons, or any combination thereof, irrespective of the mode of creation or control or ownership, and includes their branches, subsidiaries, affiliates, or other entities directly or indirectly controlled by them.

³⁷⁵ Birchall, 2019. *op. cit.*, p. 292.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 295.

³⁷⁷ Guamán, *op. cit.*, p.15.

³⁷⁸ DEVA, Surya. Examples of International Instruments Addressing Obligations and Responsibilities of Private Actors . **Panel III.1 2 nd session of OEIWG on TNCs and other business enterprises with respect to human rights.** 26 Out. 2015, p. 1. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session2/PanelIIISubtheme1/SuryaDeva.pdf>. Acesso em: 30 maio 2023.

³⁷⁹ *Id.*, p. 2.

doutrina em modificar o padrão voluntarista e simbólico³⁸⁰ antes representado pelos Princípios Orientadores e pelo domínio da Responsabilidade Social Corporativa³⁸¹.

Já com relação ao *Draft One* (2019), que foi posterior ao *Draft Zero* (2018), houve descontentamento sobre sua escrita em razão da conservação quase que em sua integralidade do *Draft Zero* e permanência da indeterminação dos conceitos atrelados no corpo do documento³⁸². Para Roland, o documento possuía escrita superior ao *Draft Zero*, entretanto permaneceu com problemas, que já haviam sido apontados pela sociedade civil e países na versão anterior³⁸³ e não possuía seções delimitadoras das obrigações dos Estados e de ETNs³⁸⁴, bem como indeterminações conceituais dos termos “vítimas”³⁸⁵, “relações comerciais” e a necessidade de inclusão do termo “cadeias de valor”, são alguns dos pontos controvertidos que seguem na segunda minuta.

O documento sofreu modificações em algumas terminologias, dentre elas a substituição da identificação das Empresas Transnacionais para o termo “todas as empresas” foi entendida por Roland como uma forma de captura corporativa³⁸⁶, visto que ampliação do alcance do tratado fomentou o estabelecimento da lógica estatocêntrica com reduzido detalhamento dos recursos, mecanismos extraterritoriais em desacordo com demandas históricas de movimentos, organizações da sociedade civil e de diversos Estados³⁸⁷.

O segundo *Draft* (2020) foi objeto de modificações pontuais e conservou a lógica dos Princípios Orientadores, já alvos de críticas no *Draft One* (2019) formulado anteriormente. A manutenção das obrigações diretas exclusivamente estatais e a ausência de determinações essenciais como a primazia do Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre outros instrumentos internacionais, foram asserções que permaneceram limitantes à aplicação e produção de efeitos do tratado³⁸⁸.

³⁸⁰ Birchall, *op. cit.*, p. 5.

³⁸¹ *Id.*, p. 10.

³⁸² *Ibid.*, p. 3.

³⁸³ Roland, *op. cit.*, p. 5.

³⁸⁴ *Id.*, p. 5.

³⁸⁵ Roland sugere a substituição do termo “vítimas” por “pessoas e comunidades atingidas”. *Id.*, p. 8.

³⁸⁶ Entende-se, portanto, que a proposta de inclusão de todas as empresas no escopo de um tratado consiste em uma estratégia adotada pelos países de origem das ETNs para esvaziar o objetivo central do instrumento vinculante: preencher as lacunas de responsabilização de empresas transnacionais por violações de Direitos Humanos. Dessa forma, compreende-se que, por conta dos argumentos acima levantados, um tratado deveria incluir apenas as ETNs – o que evitaria a excessiva abstração normativa e permitiria o foco no real ator a ser responsabilizado (Roland, *et al.*, 2018, p. 11).

³⁸⁷ Ramos; Roland, *op. cit.*, p. 64.

³⁸⁸ HOMA. CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS. Análisis del Segundo Borrador Revisado del instrumento jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas en materia de derechos humanos. **Homa Publica - Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas**, Juiz de Fora,

O aspecto conservador dos padrões já existentes nos *Drafts* anteriores ao segundo se expressa novamente nos termos genéricos apresentados. A ausência de especificação das atividades empresariais transnacionais³⁸⁹ condiciona ao esvaziamento do objetivo de responsabilização destas empresas³⁹⁰, as imprecisões também permanecem ao longo do tratado, como o termo “relações substanciais” utilizado para determinar se uma empresa possui laços com sua filial e pode ser responsabilizada, sem maiores distinções. O texto permanece com a escrita voltada para o estabelecimento de obrigações estatais com o intuito de que as empresas obedeçam às obrigações estipuladas por cada país³⁹¹.

Terminologias como atos de “violações” de Direitos Humanos por Estados, deram lugar a apenas ao termo “abusos” quando cometidos por empresas; a expressão “crimes mais graves”, sem a apresentação de definições conceituais, são exemplos que conservam a problemática anterior, como forma de evasão empresarial³⁹². E, ainda, sobre as medidas de reparação não fica estabelecido o direito à reparação na íntegra dos atingidos por violações e medidas que possam ir além das de restituição e indenização³⁹³.

O *Third Draft*³⁹⁴ (2020), apesar de manter a responsabilidade dos Estados como sujeitos centrais em detrimento das ETNs, por outro lado, levou à tona a problemática acerca da responsabilização empresarial e as características transnacionais de sua atuação, o que evidenciou na escolha específica de terminologias sobre o *fórum*³⁹⁵, jurisdição e suas aplicações no Direito Internacional. Além disso, o evento da sétima sessão do Grupo Intergovernamental Aberto enfatizou a atual preocupação com as mudanças climáticas, contaminações e perdas de biodiversidade, bem como a necessidade de reforço ao respeito e proteção dos Direitos Humanos e ambientais, que reforçam o caráter transnacional das violações.

Outrossim, revela-se a necessidade de análise sobre as obrigações extraterritoriais e

Brasil, v. 5, n. 2, 2021, p. 3. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/35227>. Acesso em: 29 abr. 2023.

³⁸⁹ Artigo 2 “*business enterprises*”

³⁹⁰ *Id.*, p. 2.

³⁹¹ ROLAND, Manoela Carneiro; *et al.* Análise do *Draft One*: avanço ou retrocesso. **Cadernos de Pesquisa Homa**, v. 2, n. 8, p. 1-34, 2019, p. 23.

³⁹² *Ibid.*, p. 4.

³⁹³ *Ibid.*, p. 4.

³⁹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. OEIGWG CHAIRMANSHIP THIRD REVISED DRAFT. Legally Binding Instrument To Regulate, In International Human Rights Law, The Activities Of Transnational Corporations And Other Business Enterprises. 2021 Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/LBI3rdDRAFT.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2023.

³⁹⁵ 9.3. *Courts vested with jurisdiction on the basis of Article 9.1 and 9.2 shall avoid imposing any legal obstacles, including the doctrine of forum non conveniens, to initiate proceedings in line with Article 7.5 of this (legally binding instrument)* (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, p. 12, 2021).

demais temas conexos no corpo dos rascunhos, visto a fundamentalidade de tais conceitos para o desenvolvimento de um tratado sobre a temática, conforme o que será disposto a seguir com base nas observações realizadas pelos autores em cada fase de elaboração dos *Drafts*.

3.1.2 Extraterritorialidade e jurisdição: o alcance da jurisdição nos rascunhos do tratado

Uma das grandes questões abordadas durante todas as sessões do GT é a necessidade de não evasão jurisdicional de uma empresa nos Estados, ou seja, a necessidade de criação de barreiras capazes de impedir que, por meio do véu corporativo ou de alegações de foro incompetente como o *fórum non conveniens*, uma empresa afaste a capacidade de um Estado em demandá-la ou regê-la sobre suas leis (o que a vincularia posteriormente a demandas judiciais).

Tal questão refere-se à possibilidade prática de responsabilização de uma empresa transnacional, sob os eixos do tratado, quando se refere à atribuição de foro doméstico para julgar as atividades de empresas transnacionais em decorrência da multiplicidade de jurisdição que as envolvem. Visto que, para a atribuição de responsabilidade, é necessária a configuração de sua jurisdição, seja pela existência de locais diversos de tomadas de decisão, multiplicidade de acionistas ou dificuldade de correlacionar os atos de uma subsidiária ou filial à empresa sede³⁹⁶.

O cenário de competitividade global – Estados de origem para sediar as ETNs, anfitriões para atrair investimentos e comércio, fornecedores para permanecer no mercado e as próprias transnacionais para permanecer no mercado – e a corrida para o “fundo do poço”³⁹⁷ são responsáveis pela erosão das capacidades estatais de cumprir as obrigações de Direitos Humanos em razão da desproporcionalidade da relação entre os riscos e benefícios com fornecedores e trabalhadores e as lacunas de governança no cenário mundial.

Desde o primeiro rascunho do tratado, os aspectos jurisdicionais vêm se modificando para inclusão de delimitações específicas acerca da jurisdição. Tal movimentação é visível

³⁹⁶ Waagstein, *op. cit.*, p. 32.

³⁹⁷ *Los PR están basados en la observación de que la conducta empresarial en la esfera global está configurada por tres sistemas de gobernanza distintos. El primero es el sistema nacional e internacional de derecho público y gobernanza. El segundo es un sistema de gobernanza civil en el que participan todos los interesados afectados por las empresas y que emplea varios mecanismos sociales para conseguir el cumplimiento de las normativas, como las campañas activistas y otras formas de presión. El tercero es la gobernanza empresarial, que interioriza elementos de los otros dos sistemas (de manera desigual, sin duda)* (Ruggie, *op. cit.*, 2018. p. 75-97).

pois durante as primeiras sessões, especialistas, sociedade civil e alguns Estados³⁹⁸ se manifestaram favoravelmente à construção de dispositivos que pudessem abarcar a natureza transnacional das empresas³⁹⁹.

Debates e negociações sobre os rascunhos do tratado vinculante contaram com a modificação do texto ao longo do tempo. As propostas enviadas para as sessões impactaram na formulação dos critérios para a jurisdição adjudicativa.

Como base nos critérios, a competência de exercício da jurisdição indica-se como definida independente da nacionalidade ou do local de domicílio das vítimas e, são atribuídas ao longo do tempo. Critérios mais ampliados para a fixação desta modalidade de jurisdição, conforme tabela comparativa dos três últimos rascunhos:

QUADRO 1: JURISDIÇÃO

ZERO DRAFT	DRAFT ONE	SECOND DRAFT	THIRD DRAFT
Jurisdição	Jurisdição	Jurisdição	Jurisdição
Local onde tais atos ou omissões ocorreram	Local onde os atos ou omissões ocorreram	Local onde a violação ocorreu Local onde ocorreu ato ou omissão que contribua para violações de Direitos Humanos	Local onde a violação de Direitos Humanos ocorreu e/ou produziu efeitos Local onde ocorreu ato ou omissão que contribua para violações de Direitos Humanos
Local de domicílio das pessoas que cometeram o dano.	Local onde as vítimas estão domiciliadas Local onde as pessoas acusadas de terem cometido os atos e omissões estão domiciliadas	Local onde estão domiciliadas as pessoas acusadas de terem cometido ato ou omissão que cause ou contribua para o abuso	Local onde estão domiciliadas as pessoas acusadas de terem cometido ato ou omissão que cause ou contribua para o abuso Local onde a vítima é nacional ou é domiciliada

³⁹⁸ O embate entre os Estados, que permeou a fala de especialistas e organizações não governamentais, ocorre em razão da linha tênue entre a relação da jurisdição extraterritorial (ou transnacional) e os interesses de cooperação e soberania entre os Estados, que denotam a própria relação entre os países que sediam empresas transnacionais e aqueles que as hospedam.

³⁹⁹ Surya Deva apresentou questões emblemáticas envolvendo o escopo de direitos a serem protegidos no corpo do tratado; a “Campanha Global para Desmantelar o Poder Corporativo e por fim à Impunidade”, elencou oito propostas envolvendo obrigações empresariais diretas ou indiretas: “i) 1. *El instrumento internacional jurídicamente vinculante debe enfocarse en las ETNs; ii) debe afirmar la obligación de las ETNs de respetar todos los derechos humanos; iii) debe afirmar la obligación de los Estados de proteger contra las violaciones de derechos humanos cometidas por las ETNs y debe codificar sus obligaciones extraterritoriales al respecto; iv) debe reafirmar la superioridad jerárquica de las normas de derechos humanos sobre los tratados de libre comercio e inversión, y desarrollar obligaciones específicas de los Estados al respecto; v) debe establecer la responsabilidad civil y penal de las ETNs y de sus directivos, así como la responsabilidad solidaria de las ETNs por las actividades de sus filiales, proveedoras, licenciatarios y subcontratistas; vi) debe incluir disposiciones sobre las obligaciones de las instituciones financieras y económicas internacionales y regionales; vii) establecer mecanismos a nivel internacional para hacer cumplir el tratado y controlar su aplicación” (Remarks made at OEIWG on TNCs and other business enterprises with respect to human rights, 2015, p. 1).*

Fonte: elaboração própria (2023).

Os quatro artigos dos rascunhos apresentados possuem uma característica comum, todos versam sobre o dispositivo da jurisdição adjudicativa (judicial), inferindo que as demandas envolvendo violações de direitos humanos “independente do domicílio da vítima ou sua nacionalidade”⁴⁰⁰, de forma que os paradigmas para a fixação da jurisdição não foram pautados de forma exclusiva sobre o domicílio da vítima, ou sobre o critério da nacionalidade passiva.

Os *Drafts* consideram a existência de obrigações para além de suas fronteiras e os foros podem ser escolhidos de forma alternativa. Progressivamente, observa-se que ao longo do tempo os critérios para a assunção da jurisdição adjudicativa foram aumentando. No *Zero Draft*, representado pelo art. 3, fora eleito o critério da jurisdição territorial fixado no local onde ocorreram os danos, bem como o critério da nacionalidade ativa descrito por Cassel⁴⁰¹. No *Draft One*, foi inserido o critério da nacionalidade passiva firmado pelo domicílio da vítima.

No *Second Draft*, o art. 9 apesar da supressão da alternativa de escolha do foro de domicílio da vítima, houve inclusão da possibilidade de escolha pautada no local onde ocorreu o ato ou omissão que contribuiu para a ocorrência da violação ou domicílio do agente que cometeu o referido ato ou omissão que contribuiu para o dano. São elementos que podem inferir na respectiva possibilidade de admissão da jurisdição extraterritorial oriunda das disposições do tratado.

Ademais, é o primeiro momento em que aparecem as disposições sobre a contrariedade do tratado com a aplicação do instituto do *forum non conveniens*, artigo 9.3⁴⁰² – considerado instrumento necessário para que os tribunais não possam discricionariamente se recusar a julgar e garantir reparação sobre uma demanda – mas, apenas a menção em um dos artigos não é suficiente para a determinação da impossibilidade de um Estado em se evadir da

⁴⁰⁰ Article 9. Adjudicative Jurisdiction 9.1. Jurisdiction with respect to claims brought by victims, irrespectively of their nationality or place of domicile, arising from acts or omissions that result or may result in human rights abuses covered under this (Legally Binding Instrument), shall vest in the courts of the State where:

a. the human rights abuse occurred and/or produced effects; or

b. an act or omission contributing to the human rights abuse occurred;

c. the legal or natural persons alleged to have committed an act or omission causing or contributing to such human rights abuse in the context of business activities, including those of a transnational character, are domiciled; or

d. the victim is a national of or is domiciled.

⁴⁰¹ Cassel, *op. cit.*, p. 202-203.

⁴⁰² 9.3 Where victims choose to bring a claim in a court as per Article 9.1, jurisdiction shall be obligatory and therefore that courts shall not decline it on the basis of *forum non conveniens*.

demanda, pois nos artigos do referido *Second Draft* subsequentes, são estabelecidos critérios para a delimitação da jurisdição quando a vítima ou agente que cometeu a violação não está domiciliada no foro do Estado escolhido⁴⁰³.

Assim, consoante o referido artigo 9.5, os critérios levantados para a fixação de um Estado, são divididos em três: i) quando há uma estreita ligação com uma pessoa legal ou física domiciliada no território daquele Estado; ii) se não houver outro foro eficaz que garanta um julgamento justo; e iii) conexão suficientemente estreita com o Estado em questão.

O estabelecimento de pressuposto para a escolha de um foro competente indicou a necessidade da existência de requisitos para a fixação jurisdicional, o que se conserva no *Third Draft*, em razão do documento indicar a necessidade de se “abster” de criar obstáculos tais como a aplicação do *fórum non conveniens*⁴⁰⁴. Os requisitos para a fixação da jurisdição constantes no segundo rascunho e explicitados acima, mas no que concerne ao requisito da existência de conexão suficientemente estreita, foram adicionados os critérios de: i) a presença do reclamante no território do foro; ii) a presença de bens do réu; e iii) atividade substancial.

Embora delimitados novos critérios para a consolidação de uma conexão estreita, os pressupostos ainda são eivados de indeterminação, o termo “atividade substancial” não é descrito em nenhum outro momento no último *Draft* e como pressuposto para a definição da jurisdição, podendo ser desviada de sua finalidade, em razão da imprecisão da disposição.

Com base na lacuna apresentada, a observação de Bialek sobre o *Zero Draft* e sua indeterminação relacionada à aplicação extraterritorial da jurisdição no tratado permanece presente quando analisado o último *Draft*.

⁴⁰³ 9.4. Courts shall have jurisdiction over claims against legal or natural persons not domiciled in the territory of the forum State, if the claim is closely connected with a claim against a legal or natural person domiciled in the territory of the forum State.

9.5. Courts shall have jurisdiction over claims against legal or natural persons not domiciled in the territory of the forum State if no other effective forum guaranteeing a fair trial is available and there is a sufficiently close connection to the State Party concerned.

⁴⁰⁴ 9.3 Courts vested with jurisdiction on the basis of Article 9.1 and 9.2 shall avoid imposing any legal obstacles, including the doctrine of *forum non conveniens*, to initiate proceedings in line with Article 7.5 of this (legally binding instrument).

9.4. Courts shall have jurisdiction over claims against legal or natural persons not domiciled in the territory of the forum State, if the claim is connected with a claim against a legal or natural person domiciled in the territory of the forum State.

9.5. Courts shall have jurisdiction over claims against legal or natural persons not domiciled in the territory of the forum State if no other effective forum guaranteeing a fair judicial process is available and there is a connection to the State Party concerned as follows:

a. the presence of the claimant on the territory of the forum;
 b. the presence of assets of the defendant; or
 c. a substantial activity of the defendant

Bialek identificou a existência de uma lacuna sobre a interpretação do alcance jurisdicional, a redação do referido rascunho sobre jurisdição em que as obrigações estatais devem ser interpretadas e estendidas para além das circunscrições territoriais, ou seja, de forma extraterritorial⁴⁰⁵ em consonância com a tendência atual nos Sistemas Internacionais sobre o assunto⁴⁰⁶ e caso o *Draft* se baseie nesta abordagem de jurisdição, o desafio atual se determina pela dificuldade de estabelecimento de vínculos diretos e previsíveis ao longo das cadeias de produção de ETNs e, assim, de difícil determinação sobre até que ponto a jurisdição dos Estados seria estendida, pois o referido documento omite terminologias necessárias para o estabelecimento das relações entre as entidades⁴⁰⁷.

A dificuldade mencionada por Bialek também retrata a resistência (sobretudo demonstrada durante a terceira sessão do Grupo de Trabalho) em relação a aplicação de princípios extraterritoriais sob o argumento que a prática levaria à interferência na soberania de outro Estado e por meio da possibilidade de aplicação extraterritorial de forma ampla e “inadequada”, bem como a cooperação internacional, essencial para a aplicação de sentenças oriundas de outros países e regulamentações necessárias de caráter extraterritorial⁴⁰⁸.

Em razão das múltiplas possibilidades de constituição de uma empresa transnacional, Guamán⁴⁰⁹, em sua análise sobre o *Draft One* entende a necessidade de inserção de uma “cláusula” de abertura, importante para a apreciação de outros elementos de conexão que não somente controle⁴¹⁰ ou domicílio, lacuna que também permaneceu durante a projeção do *Third Draft*.

Durante a quinta sessão do GT, já após a publicação do *Draft One* e a análise dos artigos que configurariam a relação entre as atividades empresariais e violações de Direitos Humanos por suas filiais ou subsidiárias, fora debatida na fase de negociações o trecho do rascunho que trata da definição do caráter transnacional de uma empresa em seu artigo 3⁴¹¹, o

⁴⁰⁵ Bialek, 2018, *op. cit.*, p. 515.

⁴⁰⁶ Vide Opinião Consultiva n.º 23/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, Declaração sobre as Obrigações dos Estados Partes em Relação ao Setor Corporativo e Direitos Sociais e Culturais.

⁴⁰⁷ Bialek, *op. cit.*, 516.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 515.

⁴⁰⁹ Guamán, *op. cit.*, p.15.

⁴¹⁰ Salienta-se que no referido documento não há definição para o termo “controle”.

⁴¹¹ 1. *This (Legally Binding Instrument) shall apply, except as stated otherwise, to all business activities, including particularly but not limited to those of a transnational character.*

2. *For the purpose of paragraph 1 of this Article, a business activity is of a transnational character if:*

a. *It is undertaken in more than one national jurisdiction or State; or*

b. *It is undertaken in one State through any contractual relationship but a substantial part of its preparation, planning, direction, control, designing, processing or manufacturing takes place in another State; or*

c. *It is undertaken in one State but has substantial effect in another State.*

qual delimita a existência de atividades empresariais em: i) diversos locais; ii) mais de uma jurisdição ou iii) produza efeitos substanciais em outro Estado.

O termo “efeito substancial” foi abordado na referida sessão pelo Brasil como pouco clara e, na oportunidade, o país também tratou da necessidade de limitar a aplicação do *forum non conveniens*, em razão da possibilidade de prejudicar a finalidade das demandas⁴¹².

A referida nomenclatura foi modificada no *Third Draft* para “efeito significativo”⁴¹³, entretanto, a imprecisão do termo persistiu e, assim como fora demonstrada nos debates pelos países interessados, as delimitações da aplicação jurisdicional devem ser melhor delimitadas, visto que já existe tensões sobre qualquer forma de proibição do instituto *fórum non conveniens*.

Os critérios para a fixação do domicílio de um ente empresarial seguem na estrutura dos artigos que versam sobre a fixação jurisdicional de um Estado como aspecto definidor dos pressupostos atinentes ao domicílio identificados anteriormente.

QUADRO 2: DOMICÍLIO

ZERO DRAFT	DRAFT ONE	SECOND DRAFT	THIRD DRAFT
Domicílio art. 7.1 a. Sede estatutária. b. Administração central. c. Interesses comerciais substanciais Subsidiária, agência, instrumento, filial ou escritório representativo.	Domicílio a. local de incorporação; ou b. sede estatutária; ou c. administração central; ou d. interesses comerciais substanciais.	Domicílio a. local de incorporação; ou b. sede estatutária; ou c. administração central; ou d. estabelecimento principal;	Domicílio a. local de constituição ou de registro; ou b. local onde se situam os principais ativos ou operações; ou c. a administração ou a gestão central estão localizadas; ou d. local principal de atividade ou atividade numa base regular.

Fonte: elaboração própria (2023).

Os artigos parecem demonstrar um alinhamento com as definições de Waagstein⁴¹⁴ sobre bases geralmente usadas para estabelecer a ligação entre um Estado e uma corporação: i) local de incorporação; ii) local de gestão ou sede; iii) local de acionistas e controle em

⁴¹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/HRC/43/55. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/003/91/PDF/G2000391.pdf?OpenElement>. Acesso em: 10 jul. 2023.

⁴¹³ 1.4. “Business activities of a transnational character” means any business activity described in Article 1.3. above, when: a. It is undertaken in more than one jurisdiction or State; or
b. It is undertaken in one State but a significant part of its preparation, planning, direction, control, design, processing, manufacturing, storage or distribution, takes place through any business relationship in another State or jurisdiction; or
c. It is undertaken in one State but has significant effect in another State or jurisdiction.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 364.

geral. Embora careçam de maiores definições sobre a identificação descrita, a autora buscou definir a nacionalidade de uma ETN com base na combinação dos diversos critérios elencados, o que se torna uma realidade possível a partir da análise da redação do *Draft*.

Como base para esta análise, observa-se que o emprego da expressão “interesse empresarial substancial” presente na descrição do domicílio no artigo 7.1 do *Draft One*⁴¹⁵, que havia sofrido críticas sobre as limitações conceituais que poderiam esvaziar o conteúdo do tratado e gerar interpretações diversas das pretendidas para a análise da assunção de jurisdição, em razão da vagueza e imprecisão, deram lugar, no art. 9. 2 do *Third Draft*, a critérios definidores como o local em que se situam os principais ativos ou operações.

O alcance da responsabilidade gera controvérsias também pela “cumplicidade” que não foi debatida expressamente nos primeiros rascunhos, tal termo se refere às violações estatais como riscos previsíveis dentro da cadeia de valor. A problemática da cumplicidade se refere às violações cometidas que envolvem empresas privadas e aquiescência do Estado⁴¹⁶, e que não podem ser adicionadas de forma ampla e sem limitações de ordem procedimental⁴¹⁷ e, tampouco deixar de ser mencionadas, visto que sua exclusão envolve a aceitação de uma gama de violações de empresas, bem como obscuridade da expressão “lugar de incorporação” em razão da generalidade em que está disposto no escopo do *Draft One*⁴¹⁸ e o termo “local de constituição ou registro” presente no *Third Draft*, parece fornecer maior precisão sobre o formato de domicílio de uma empresa, assim como os demais critérios subsequentes previstos no Quadro 2.

Com a determinação do domicílio, retoma-se a necessidade de especificação do conceito de cadeias de valor que ainda não aparece no corpo do tratado. A inserção da responsabilidade empresarial quando uma empresa exerce controle sobre operações que

⁴¹⁵ 7.1. *Jurisdiction with respect to claims brought by victims, independently of their nationality or place of domicile, arising from acts or omissions that result in violations of human rights covered under this (Legally Binding Instrument), shall vest in the courts of the State where:*

a. such acts or omissions occurred; or

b. the victims are domiciled; or

c. the natural or legal persons alleged to have committed such acts or omissions in the context of business activities, including those of a transnational character, are domiciled.

2. A natural or legal person conducting business activities of a transnational character, including through their contractual relationships, is considered domiciled at the place where it has its:

a. place of incorporation; or

b. statutory seat; or

c. central administration; or

d. substantial business interests.

⁴¹⁶ Birchall, 2019, op. cit, p. 222.

⁴¹⁷ Para Birchall, incluiria uma série de políticas governamentais sem qualquer limitação, o que prejudicaria o tratado, levando-o a uma rejeição generalizada (Birchall, 2019, op. cit. p. 223).

⁴¹⁸ Roland; et al. 2019, op. cit., p. 20.

causam violações ou existem ligações fortes e diretas ou relações próximas ao dano, bem como a possibilidade de previsão do dano, são elementos que culminam com a possibilidade da responsabilização da empresa matriz e sobre os entes da cadeia de valor⁴¹⁹.

Birchall considera que podem ser exercidas responsabilidades por todos os compradores, fornecedores e alguns outros atores como financiadores⁴²⁰. O limite da responsabilidade nas cadeias seria a previsibilidade do dano ou da violação, assim uma empresa que pode prever uma violação dentro de sua cadeia de produção, deve adotar medidas para que não ocorra⁴²¹.

Foi somente no Segundo *Draft*, que o termo cadeias de valor/cadeias de fornecimento foi inserido no texto do documento, mas sem aprofundamento sobre o que ele representa para a responsabilização de empresas transnacionais, tais como a definição dos vínculos existentes entre as filiais e a empresa matriz⁴²², bem como as demais atividades desenvolvidas ao longo da cadeia⁴²³.

Também permanecem com a ausência de menção o princípio da solidariedade e o “véu corporativo”, o que perpetua a mesma problemática enfrentada na criação do *Draft Zero*⁴²⁴, de forma que, apesar da possibilidade de eleição do foro de demanda de uma empresa, a impossibilidade de definição do caráter transnacional em sua cadeia de valor inviabiliza a aplicação jurisdicional e esvazia o conteúdo do tratado no que tange à responsabilização de entes privados de forma doméstica.

Ainda no *Third Draft*, após a determinação da jurisdição, a questão da responsabilidade causada por terceiros se subdivide em dois tipos essenciais no art. 8.6⁴²⁵: a primeira, quando a empresa que controla, gere ou supervisiona não impediu com que outra pessoa a quem possuía relações comerciais causasse ou contribuísse para violações de

⁴¹⁹ Birchall, 2019, op. cit., p. 225.

⁴²⁰ Ibid., p. 312.

⁴²¹ Ibid., p. 312.

⁴²² Ibid., p. 304.

⁴²³ A autora relata também a necessidade de inclusão das demais violações de Direitos Humanos que sofrem influência do mercado, a redução de custos que possui relação direta com a flexibilização de normas trabalhistas e precariedade nas condições de trabalho. ROLAND, Manoela Carneiro; *et al.* Analysis of the Second Revised Draft of the Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights. **Homa Publica**, v. 5, p. 1, 2021.

⁴²⁴ Ibid., p. 4.

⁴²⁵ 8.7 States Parties shall ensure that their domestic law provides for the liability of legal and/or natural persons conducting business activities, including those of transnational character, for their failure to prevent another legal or natural person with whom they have had a business relationship, from causing or contributing to human rights abuses, when the former controls, manages or supervises such person or the relevant activity that caused or contributed to the human rights abuse, or should have foreseen risks of human rights abuses in the conduct of their business activities, including those of transnational character, or in their business relationships, but failed to take adequate measures to prevent the abuse.

Direitos Humanos e, em segundo lugar, quando impede que outra pessoa cause ou contribua para violações quando deveria ter previsto os riscos e não adotou medidas adequadas para evita-los.

A primeira previsão reflete requisitos específicos que não necessitam a configuração de negligência ou culpa por parte da empresa, mas sim da atribuição de causalidade ou contribuição para o exercício das violações. Já a segunda estabelece o pressuposto da negligência visto que define a necessidade de previsão de riscos.

Em outro aspecto, a existência de três verbos imperativos no art. 8.6 assimilados como pressupostos para a definição de responsabilidade: controle, gestão e supervisão, também não apresenta maiores definições. O termo controle é apontado como diverso do exercício da atividade jurisdicional, mas também não apresenta definição concreta sobre como o termo seria utilizado no corpo do tratado.

Ainda sobre a assunção de jurisdição, consoante às críticas realizadas pela doutrina sobre a regra do *forum non conveniens*⁴²⁶ o tema foi incluso no artigo 9 dos segundo e terceiros rascunhos que tratam da jurisdição adjudicativa:

QUADRO 3. *FORUM NON CONVENIENS*

<i>SECOND DRAFT</i>	<i>THIRD DRAFT</i>
9.3. Quando as vítimas optarem por apresentar uma reclamação em um tribunal, conforme o Artigo 9.1, a jurisdição será obrigatória e, portanto, os tribunais não a recusarão com base em <i>forum non conveniens</i> ⁴²⁷ .	9.3. Os tribunais investidos de jurisdição com base nos artigos 9.1 e 9.2 deverão evitar impor quaisquer obstáculos legais, inclusive a doutrina do <i>forum non conveniens</i> , para iniciar os procedimentos em conformidade com o Artigo 7.5 deste (instrumento juridicamente vinculante). ⁴²⁸

Fonte: elaboração própria (2023).

A inserção do instituto da proibição do *forum non conveniens* foi alvo de mobilizações pela sociedade civil, países e especialistas e é inclusa no segundo *Draft* como uma regra que, após a escolha da vítima, obrigatoriamente impede a recusa de um Estado em se tornar foro competente para uma demanda envolvendo transnacional. Já no terceiro *Draft*, o formato obrigatório dá lugar ao termo “evitar”, o que, em contraste com o anterior, passa a ser norma permissiva da aplicação do instituto, a depender do contexto.

⁴²⁶ VASTARDIS, Anil Yilmaz; CHAMBERS, Rachel. Overcoming the corporate veil challenge: could investment law inspire the proposed business and human rights treaty? **International & Comparative Law Quarterly**, v. 67, n. 2, p. 396, 2018.

⁴²⁷ 3. Where victims choose to bring a claim in a court as per Article 9.1, jurisdiction shall be obligatory and therefore that courts shall not decline it on the basis of *forum non conveniens*.

⁴²⁸ 9.3. Courts vested with jurisdiction on the basis of Article 9.1 and 9.2 shall avoid imposing any legal obstacles, including the doctrine of *forum non conveniens*, to initiate proceedings in line with Article 7.5 of this (legally binding instrument).

Os autores abordam a necessidade de inclusão do princípio do *fórum necessitatis*⁴²⁹ como mecanismo de atribuição da jurisdição e não evasão dos Estados, visto que não prescindiria da necessidade de aplicação de requisitos formais de competência e a ideia de jurisdição universal seria priorizada⁴³⁰ para assegurar que todas as pessoas possam ter acesso à justiça e devido processo legal.

A dificuldade de definição da responsabilidade das empresas matrizes com relação à sua cadeia de valor continua escurreita pela definição de termos vagos e imprecisos. A relação “suficientemente” estreita e conexão “sólida e direta”⁴³¹ não apresentam definições no corpo do tratado⁴³² e sua amplitude pode esvaziar a possibilidade de fixação de conexão devida, visto a ausência de parâmetros consistentes nas definições.

Nesse sentido, a ausência de maiores delimitações sobre as cadeias de valor no âmbito da jurisdição extraterritorial se torna uma problemática para a extensão do dispositivo. Ainda que o artigo em sua versão atual possibilite a admissão da jurisdição em outro Estado diverso daquele em que ocorreu o dano, de acordo com as bases de jurisdição necessárias, quando trata-se da cadeia de valor, não há definição sobre o estabelecimento do nexo de causalidade entre a conduta e a falha no dever de garantia de Direitos Humanos⁴³³, ou no caso do tratado, atuação com base na devida diligência.

3.1.3 Devida diligência, assistência mútua e cooperação internacional: um diálogo possível nos rascunhos do tratado vinculante?

Negri e Verde⁴³⁴ inferem que a atribuição da responsabilidade da empresa transnacional encontra barreiras pautadas nos paradigmas atuais da territorialidade demarcada pelas jurisdições e a autonomia societária. O dever de prestar a *devida diligência* está

⁴²⁹ O princípio permitiria que um Estado se declarasse competente em razão da necessidade de reparação das violações causadas à vítima, independentemente da existência de outro foro apto a fazê-lo ou o preenchimento dos requisitos de assunção de competência jurisdicional (Soares; Roland, 2022, *op. cit.*, p. 46).

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 46.

⁴³¹ 10.6 *All persons with business activities of a transnational character shall be liable for harm caused by violations of human rights arising in the context of their business activities, including throughout their operations:*

a. to the extent it exercises control over the operations, or

b. to the extent it exhibits a sufficiently close relation with its subsidiary or entity in its supply chain and where there is strong and direct connection between its conduct and the wrong suffered by the victim, or

c. to the extent risk have been foreseen or should have been foreseen of human rights violations within its chain of economic activity.

⁴³² GUAMÁN, *op. cit.*, 2018, p. 25.

⁴³³ NEGRI, Sergio Marcos; VERDE, Romulo. Dever de diligência em direitos humanos e os modelos de responsabilização de empresas transnacionais. *In*: ROLAND, Manoela; ANDRADE, Pedro. **Direitos Humanos e Empresas: responsabilidade e jurisdição**. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 105.

⁴³⁴ Negri; Verde, *op. cit.*, p. 107.

relacionado com este formato de responsabilização, pois quando se trata da violação de Direitos Humanos, o enfoque deve ser direcionado às vítimas e não somente a um monitoramento de riscos comumente analisado pelas empresas.

Ademais, a devida diligência, da forma como foi disposta pelos Princípios Orientadores, quando analisada a natureza das ETNs, foi incorporada de maneira geral, sem inserir questões específicas corporativas, visto que o maior obstáculo para a responsabilização dos grandes conglomerados empresariais é a dificuldade em atribuir responsabilidade a sociedades que se desenvolvem em um ordenamento jurídico ou não estão subjugadas a relações de controle⁴³⁵.

Na lógica dos referidos princípios, a devida diligência pode ter dupla interpretação: ora sobre norma de conduta, na qual busca-se um padrão prudente e que não incorre em condutas culposas dotadas de negligência ou imperícia, ora como um processo de gestão que se preocupa em monitorar e prevenir danos. A duplicidade pode acarretar uma lacuna que permita com que a empresa se esquive de possíveis responsabilizações por violações com base no fundamento da ausência de responsabilidade subjetiva⁴³⁶.

Os desdobramentos internos sobre a atuação de uma empresa com devida diligência são evidenciados no artigo 8.7 do texto *Third Draft*⁴³⁷, que conserva o descrito no *Second Draft* sobre o tema, onde dispositivo foi construído com a indicação de que somente a atuação em devida diligência não seria responsável por, automaticamente, absolver um agente pela prática de abusos de Direitos Humanos. Nesse sentido, um Estado-parte deve analisar as condutas, a fim de averiguar se a pessoa em questão (física ou jurídica) atuou com devida diligência de acordo com os *standards* de Direitos Humanos.

Embora tenha uma previsão voltada para o aspecto protetivo em Direitos Humanos, a devida diligência é elemento que preservou a linguagem dos Princípios Orientadores e manteve a obrigação estatal de garantia da atuação empresarial com base nos parâmetros de análise estabelecidos, o que a fez ser alvo de críticas pela insuficiência para cumprir o

⁴³⁵ NEGRI, Sergio Marcos; VERDE, Romulo. Dever de diligência em direitos humanos e os modelos de responsabilização de empresas transnacionais. In: ROLAND, Manoela; ANDRADE, Pedro. **Direitos Humanos e Empresas: responsabilidade e jurisdição**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

⁴³⁶ Negri; Verde, *op. cit.*, p. 101.

⁴³⁷ 8.7. *Human rights due diligence shall not automatically absolve a legal or natural person conducting business activities from liability for causing or contributing to human rights abuses or failing to prevent such abuses by a natural or legal person as laid down in Article 8.6. The court or other competent authority will decide the liability of such legal or natural persons after an examination of compliance with applicable human rights due diligence standards.*

objetivo pelo qual foi criada⁴³⁸.

Por sua vez, a noção de devida diligência não abarcou a cadeia de valor e não foi inserida a obrigação de cooperação mútua para os Estados, de forma diversa do que teria sido implementado documento “Elementos” e antagônico ao sugerido por especialistas e sociedade civil⁴³⁹.

Para Scoogly, as obrigações extraterritoriais dos Estados deveriam ser realizadas mediante a atuação em cooperação mútua⁴⁴⁰ e assistência. Este seria um dos mecanismos utilizados para que os Estados pudessem cumprir com as sentenças ou regulamentações emanadas de outros países, o que conferiria força para a execução de sentenças.

O conceito de assistência mútua e cooperação internacional também estão inseridos no corpo dos rascunhos e Birchall, mais uma vez, retrata preocupação na precisão do conceito sobre cooperação no âmbito das atividades empresariais e como ocorreria com as normas e casos extraterritoriais. A ausência destas definições acarretaria um “idealismo utópico” que levaria muitos Estados a evitar o tratado⁴⁴¹.

A cooperação internacional é evidenciada nos arts. 12⁴⁴² e 13⁴⁴³ do *Third Draft*. Neles, a assistência mútua legal e a cooperação judicial versam sobre a possibilidade de aplicação extraterritorial das sentenças; os dispositivos conservam a linguagem anterior incluindo-se a

⁴³⁸ LOPEZ, Carlos. **The Third Revised Draft of a Treaty on Business and Human Rights: Modest Steps Forward, But Much of the Same.** 3 Set. 2021. Disponível em: <http://opiniojuris.org/2021/09/03/the-third-revised-draft-of-a-treaty-on-business-and-human-rights-modest-steps-forward-butmuch-of-the-same>. Acesso em: 15 maio 2023.

⁴³⁹ ROLAND; *et al.* Cadeias de Valor e os impactos na responsabilização das empresas por violações de Direitos Humanos. In: **Cadernos de Pesquisa Homa**. v. 1, n. 5, 2018. p. 5.

⁴⁴⁰ Skogly, 2017, *op. cit.* p. 10.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 223.

⁴⁴² 12.1. *States Parties shall make available to one another the widest measure of mutual legal assistance and international judicial cooperation in initiating and carrying out effective, prompt, thorough and impartial investigations, prosecutions, judicial and other criminal, civil or administrative proceedings in relation to all claims covered by this (Legally Binding Instrument), including access to information and supply of all evidence at their disposal that is relevant for the proceedings.*

⁴⁴³ 6.3. *For that purpose, States Parties shall require business enterprises to undertake human rights due diligence, proportionate to their size, risk of human rights abuse or the nature and context of their business activities and relationships, as follows:*

a. Identify, assess and publish any actual or potential human rights abuses that may arise from their own business activities, or from their business relationships;
b. Take appropriate measures to avoid, prevent and mitigate effectively the identified actual or potential human rights abuses which the business enterprise causes or contributes to through its own activities, or through entities or activities which it controls or manages, and take reasonable and appropriate measures to prevent or mitigate abuses to which it is directly linked through its business relationships;
c. Monitor the effectiveness of their measures to prevent and mitigate human rights abuses, including in their business relationships; *d. Communicate regularly and in an accessible manner to stakeholders, particularly to affected or potentially affected persons, to account for how they address through their policies and measures any actual or potential human rights abuses that may arise from their activities including in their business relationships.*

verificação da concessão de assistência legal mútua em cada caso analisado, o que revela a voluntariedade no cumprimento das normas e não observa as peculiaridades atinentes aos países que possuem instituições frágeis quando da aplicabilidade de medidas de proteção de Direitos Humanos contra ETNs.

3.2 *THIRD DRAFT*: RECONSTRUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES OU MANUTENÇÃO DOS PRINCÍPIOS ORIENTADORES?

Com a publicação do último *Draft (Third draft)* que foi discutido durante a sétima sessão do Grupo de Trabalho Intergovernamental, em 2021, contou com alterações que apesar de existentes, não modificaram em sua maioria, o aspecto estrutural dos artigos por meio da fusão e subdivisão dos já existentes⁴⁴⁴, entretanto, em outras disposições reviu e aprimorou termos e definições, tal como conceito de vítima presente no artigo 1⁴⁴⁵.

O termo “obrigação” referente às empresas surge em detrimento do conceito anterior de responsabilidade no preâmbulo do terceiro *draft*. A expressão, que apesar de localizada somente no preâmbulo, pode apresentar uma estreita aproximação com a ideia de obrigações diretas empresariais e levanta questionamentos sobre a alteração terminológica com efeitos interpretativos no texto do tratado⁴⁴⁶.

Por outro lado, apesar de fornecer um significado para as atividades empresariais de caráter transnacional, o artigo 1.4 “b”⁴⁴⁷ permanece com a indeterminação sobre qual seria a definição do conceito de “parte significativa” de sua preparação, planejamento e demais atividades descritas ao longo do artigo. A indefinição relata uma lacuna sobre a constituição de uma atividade empresarial ao longo de suas cadeias de valor, o que remonta à problemática apontada por Birchall ao analisar o *Zero Draft*: a função em fornecer o recurso judicial

⁴⁴⁴ Artigos 6, 7 e 8 do *Third Draft*.

⁴⁴⁵ 1.1. “Victim” shall mean any person or group of persons, irrespective of nationality or place of domicile, who individually or collectively have suffered harm that constitute human rights abuse, through acts or omissions in the context of business activities. The term “victim” may also include the immediate family members or dependents of the direct victim. A person shall be considered a victim regardless of whether the perpetrator of the human rights abuse is identified, apprehended, prosecuted, or convicted (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Legally Binding Instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises. Oeigwg Chairmanship Third Revised Draft. 17.08.202 Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/LBI3rdDRAFT.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2023).

⁴⁴⁶ Roland; *et al.*, 2021, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁴⁷ 1.4-b. *It is undertaken in one State but a significant part of its preparation, planning, direction, control, design, processing, manufacturing, storage or distribution, takes place through any business relationship in another State or jurisdiction.*

cabível de forma interna entre os tribunais domésticos, pois os limites e padrões específicos serão na verdade delimitados pela prática judicial⁴⁴⁸.

Ao longo das sessões e publicações dos rascunhos, o termo jurisdição sofre modificações, a fim de se enquadrar aos novos contornos projetados após os debates. Observa-se que, desde o primeiro *Draft* o conceito de domicílio permeia de forma decisiva na possibilidade de atribuição do foro.

Os debates sobre jurisdição e domicílio estão presentes em todas as etapas e sessões das discussões do texto do tratado, pois o escopo de aplicação interfere de forma direta na responsabilidade dos Estados por violações de Direitos Humanos cometidas por empresas transnacionais. Em observância a este aspecto, nas sessões anteriores à segunda versão do tratado foi debatida a inserção dos artigos referentes aos efeitos das violações de Direitos Humanos e o foro competente.

No artigo 6.3 do terceiro rascunho, as modificações sobre as obrigações empresariais de prevenir violações nas suas relações comerciais passaram a versar sobre violações causadas diretamente, as que contribua por meio de suas próprias atividades que controle ou dirija, ou que possua ligação direta com suas relações comerciais⁴⁴⁹.

Além disso, houve a ampliação do conceito de domicílio de uma empresa e modificação do artigo que trata da proibição do *forum non conveniens*⁴⁵⁰. Apesar da aparente impossibilidade de evasão empresarial, sob o fundamento de que o Estado não seria o mais adequado para julgar a referida ação envolvendo atos de empresas transnacionais, foi perpetuada a imprecisão sobre princípio visto que o rascunho adota um posicionamento de não proibição direta, mas sim o termo “evitar” a utilização do referido instituto como forma de evasão.

Além disso, houve a inserção da possibilidade de escolha da vítima sobre o foro a ser escolhido para ajuizamento da demanda com base nos critérios alternativos sobre o local onde os atos ou omissões tenham ocorrido ou produzido efeitos e o domicílio da pessoa acusada de ter cometido os atos ou omissões. Este aspecto permite a aplicação de leis substantivas de um

⁴⁴⁸ BIRCHALL, David. Between Apology and Utopia: The Indeterminacies of the Zero Draft Treaty on Business and Human Rights. *Suffolk Transnat'l L. Rev.*, v. 42, n. 2, p. 37, 2019, p. 32.

⁴⁴⁹ 6.1. *States Parties shall regulate effectively the activities of all business enterprises within their territory, jurisdiction, or otherwise under their control, including transnational corporations and other business enterprises that undertake activities of a transnational Character.*

⁴⁵⁰ Artigo 9.3 do *Third Draft* dispõe que: “9.3. *Courts vested with jurisdiction on the basis of Article 9.1 and 9.2 shall avoid imposing any legal obstacles, including the doctrine of forum non conveniens, to initiate proceedings in line with Article 7.5 of this (legally binding instrument)*”.

Estado com efeitos extraterritoriais⁴⁵¹.

Os rascunhos enfatizam a: i) regulamentação das transnacionais por seus Estados de origem; ii) reparações às vítimas por meio da responsabilidade legal das transnacionais; iii) e acesso a mecanismos de reclamação. E, além disso, apresentam parâmetros mais baixos para os conceitos relacionados à responsabilidade (previsibilidade, controle, causalidade e falha), como forma de estabelecer a responsabilidade por omissão. Com base na análise dos conceitos, é possível observar que os *Drafts* desconsideram alguns princípios do direito societário como a personalidade jurídica das entidades com vias a expandir jurisdição e responsabilidade legal⁴⁵².

O emprego da terminologia “vítima” vem sendo criticado na sua inserção no tratado. Os pontos de divergência relatam que só “as vítimas” ou pessoas que se definem como vítimas teriam acesso à justiça e formas de recurso para reparações. Argumenta-se que terminologias como “pessoa afetada” seriam mais adequadas ao contexto de violações de Direitos Humanos⁴⁵³.

A negociação do tratado com o estabelecimento de mecanismos de jurisdição extraterritorial tem encontrado entraves no âmbito dos consensos necessários para a criação de um tratado juridicamente vinculante com vistas à efetiva realização de seus objetivos.

Um dos objetivos do Grupo de Trabalho é incidir a responsabilidade para o topo da cadeia de produção, ou seja, sobre a entidade que orchestra e se beneficia da gestão riscos e externalidades que levam à violação de Direitos Humanos. No instrumento, objetiva-se que as empresas adotem medidas para prevenção e compensação de perdas sem apresentar encaixes no “véu corporativo”⁴⁵⁴.

Somente em 2020⁴⁵⁵ o rascunho do tratado foi alterado com vistas ao reconhecimento das deficiências de governança do Estado anfitrião que permitem a ocorrência de violações impunes e, apesar da modificação, houve insistência durante a sessão do Grupo de Trabalho no referido ano para manter a visão original, que expressa a relutância ao tratamento de uma causa raiz que é a falha de governança do Estado anfitrião e impunidade. Mares acrescenta que a “corrida para o fundo do poço”⁴⁵⁶ está explícita entre os proponentes do tratado, de

⁴⁵¹ Deva, 2014, op cit., p. 743.

⁴⁵² Mares, op. cit., p. 1560.

⁴⁵³ KRAJEWSKI, Markus. Analysis of the Third Draft of the UN Treaty on Business and Human Rights. **CIDSE**. 2022. Disponível em: <https://www.cidse.org/wp-content/uploads/2021/10/EN-Binding-Treaty-legal-analysis.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2023.

⁴⁵⁴ Mares, op. cit., p. 1560.

⁴⁵⁵ Roland, Manoela Carneiro; *et al.* op. cit, p. 1.

⁴⁵⁶ Ruggie, John Gerard, 2018, op. cit. p. 75-97.

modo que não existem grandes evidências de que levem a sério as ramificações da competição de mercado para a estruturação e processo.

Observa-se que o *Third Draft* mantém falhas que foram apontadas ao longo das negociações do tratado e, ainda, anteriormente durante a evolução da agenda da ONU sobre o assunto. Na sequência das seções, o terceiro rascunho para o tratado mantém a versão anterior pautada nos Princípios Orientadores. Nesse aspecto, renovam-se as preocupações com relação à manutenção de termos vagos e imprecisos alvos de críticas por Roland *et al.*⁴⁵⁷, pois, conforme observado no decorrer das análises dos rascunhos, fragilidades consistentes na aplicação dos Princípios Orientadores foram mantidas pela lógica da atribuição de obrigações diretas ao Estado, enquanto para as empresas fixam-se apenas inferências relacionadas a obrigações de respeito.

A menção da regulamentação ou jurisdição extraterritorial no corpo do tratado é permeada pela primazia das obrigações territoriais (que não são semelhantes à natureza da atuação de empresas transnacionais) e pelas condições da cooperação internacional, que permanece em eixo de eleição voluntária pelos Estados.

Para além de uma perspectiva responsabilizadora direta das ETNs, quando se trata de uma esfera estatal extraterritorial, Surya Deva considera a regulamentação oriunda do Estado de origem de uma empresa transnacional pode ser mais benéfica em razão do poder de barganha ser maior do que os ostentados pelos Estados anfitriões em busca de desenvolvimento e investimento de grandes empresas, possuem maior capacidade de aplicação das medidas e grande possibilidade de exercer controle de forma vertical, partindo-se da empresa matriz até as subsidiárias e as chances de conflito desta estrutura nos Estados de origem é menor⁴⁵⁸.

Entretanto, quando comparada à atual versão do modelo de tratado, Gealfow e Schellongova⁴⁵⁹ entendem que o projeto do terceiro *Draft* ainda apresenta um conjunto de condutas empresariais já aguardadas, o que reforça a lógica abordada sobre os Princípios Orientadores, seja por meio do contínuo estabelecimento da devida diligência em Direitos Humanos ou de diferentes aspectos jurisdicionais, cooperação judicial e supervisão para execução das normas de Direitos Humanos.

A disposição sobre a responsabilidade legal dos Estados permite que os regimes jurídicos nacionais responsabilizem empresas por violações de Direitos Humanos, ainda que

⁴⁵⁷ Roland, Manoela Carneiro; *et al. op. cit.*, p. 1.

⁴⁵⁸ Deva, 2004, *op. cit.*, p. 1086.

⁴⁵⁹ Gealfow; Schellongova, 2022, *op. cit.*

parta da necessidade de desconsiderar a personalidade jurídica e levantar o véu corporativo para a responsabilização da empresa matriz da corporação. Para isso, alguns aspectos técnicos são desenvolvidos no texto do tratado, tais como a lei aplicável, jurisdição sujeita ao Direito Internacional Privado e elementos normativos como prazo prescricional e inversão do ônus da prova.

O tratado segue a abordagem clássica dos tratados de Direito Internacional quanto ao aspecto dos mecanismos de monitoramento, tais como a criação de um Comitê, um fundo para as vítimas e uma conferência para os Estados-parte. O Comitê poderá fornecer recomendações após a consideração dos relatórios dos Estados-parte sobre o assunto, mas pela experiência dos demais tratados, a probabilidade de que entre em funcionamento é reduzida⁴⁶⁰.

Questões controversas ainda não foram resolvidas sobre o alcance do tratado, como a definição das pessoas jurídicas, as quais as disposições se aplicam e, conseqüentemente, a extraterritorialidade sobre as atividades destas pessoas⁴⁶¹.

Não obstante, o que se observa ao final da última sessão que debate os artigos do terceiro *draft*, os países, incluindo-se uma aproximação dos Estados Unidos sobre o tratado, estão se alinhando na propositura de uma versão alternativa ao texto já construído. Os EUA⁴⁶² propõem a criação de uma convenção-quadro⁴⁶³ juridicamente vinculante, baseada nos Princípios Orientadores e que reflita princípios apoiados ao mesmo tempo por empresas, sociedade civil e outros entes⁴⁶⁴.

As partes propõem o acordo com o intuito de fornecer procedimentos e arranjo institucionais básicos para se chegar a um consenso e fornecer procedimentos para adoção posterior de protocolos ou abrir espaço para que sejam implementadas medidas e legislações em âmbito doméstico.

Para grupos da sociedade civil e especialistas, a criação de uma convenção-quadro seria, na verdade, dar um passo para trás, uma distração do caminho necessário para acabar

⁴⁶⁰ E, pode enfrentar restrições práticas. Até agora, há apenas um fundo em funcionamento estabelecido por um tratado de Direitos Humanos – um Fundo Especial do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura.

⁴⁶¹ Gealfow; Schellongova, *op. cit.*, p. 159.

⁴⁶² Os Estados Unidos tomaram a palavra pela primeira vez após 7 anos do início do processo. Organização Das Nações Unidas, 2016, *op. cit.*

⁴⁶³ Uma convenção-quadro é instrumento juridicamente vinculante ao abrigo do Direito Internacional, mas de forma diversa dos tratados apesar de estipular obrigações aos Estados-parte em termos de objetivos, obrigações gerais e formas de implementação, legislação, política e prática, deixa aos Estados ampla margem de liberdade quanto aos meios e velocidade de implementação; baseada na flexibilidade, o que permite aos Estados decidirem como alcançar os acordos na medida de suas capacidades (Gealfow; Schellongova, 2022, *op. cit.*).

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 159.

com a impunidade empresarial e promover Direitos Humanos para as pessoas afetadas, o que se desperdiça sensivelmente o trabalho e os recursos despendidos pela sociedade civil, Estados e vítimas de violações de Direitos Humanos. A iniciativa também se desvia do que fora proposto pela Resolução 26/9, que visa transformar a estrutura voluntarista para obrigações executáveis na temática.

O terceiro texto revisado avançou no que diz respeito ao escopo dos Direitos Humanos sujeitos ao tratado, especificando que abrange todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais internacionalmente reconhecidos e vinculantes aos Estados-parte.

Mas, de outra forma, o terceiro rascunho permanece com a lacuna presente na regulação das cadeias de valor, a ausência de disposições sobre a responsabilidade jurídica separada das entidades, com o intuito de expandir a responsabilidade legal e a jurisdição para responsabilizar as controladoras de forma a mover a responsabilidade para o topo das cadeias de valor e levantar o véu corporativo⁴⁶⁵.

Uma das preocupações dos Estados Unidos, União Europeia, associações empresariais são as alegações de que o texto do tratado é demasiadamente prescritivo em diversas áreas. As alegações realizadas por partes que são resistentes à criação do tratado não consideram as aberturas existentes no tratado para que os próprios Estados por meio de suas leis domésticas realizem implementações e adequem a normativa às especificidades nacionais⁴⁶⁶, tais como as obrigações de prevenção regime de responsabilidade legal, cooperação internacional, entre outros⁴⁶⁷.

O acesso à informação também foi mais debatido na terceira minuta sob o fundamento de que as vítimas de violações devem ter acesso à informação para possibilitar a obtenção de provas e de realização de demandas judiciais contra uma corporação.

No âmbito da responsabilidade jurídica empresarial, ao tratar da obrigação geral dos Estados de assegurar que o direito interno regule a temática, o texto suprimiu as questões que envolvem o território onde a empresa esteja domiciliada ou exerça suas atividades. Este é um ponto específico que não limita às conformações do território e sim apresenta margem para a aplicação da responsabilidade empresarial além dos territórios onde são domiciliadas ou exercem atividades⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ Mares, *op. cit.*, p. 1523.

⁴⁶⁶ MOHAMADIEH, Kinda. Negotiating a business and human rights treaty: Important steps forward yet a long way still to go. **TWN Info Service on UN Sustainable Development**. 2021. Disponível em: <https://www.twn.my/title2/unsd/2021/unsd211101.htm>. Acesso em: 20 maio 2023.

⁴⁶⁷ Vide Artigo 3.2.

⁴⁶⁸ Krajewski, 2022, *op. cit.*, p. 7.

Os projetos vêm se alinhando para que a responsabilidade das pessoas coletivas seja determinada independentemente da responsabilidade das pessoas singulares e, ainda, que a responsabilidade civil não seja acessória da responsabilidade penal. Eles apresentam a desnecessidade de que seja consolidada primeiramente penal em detrimento da civil.⁴⁶⁹ Ainda que não seja possível estabelecer responsabilidade penal a pessoas coletivas, o projeto prevê que a responsabilidade por infrações administrativas seja funcionalmente equivalente à responsabilidade penal⁴⁷⁰.

Em comparação ao *Draft* anterior, o art. 8.6⁴⁷¹ sofre uma alteração no terceiro rascunho, pois a qualificação entre controle jurídico ou de fato foi retirada da redação do artigo no último *Draft*. Contudo, não fornece alterações maiores de significado, visto que a modalidade de controle só poderia ser exercida “jurídica ou factualmente”⁴⁷².

Embora esta não seja uma modificação substancial, a alteração do tempo verbal em que o controle foi exercido agora possui o condão de configurar a responsabilidade ainda que a empresa não exerça mais o controle, mas no momento da atividade violadora o empregou. Estabelecer se uma pessoa exerceu controle sobre outra pessoa ou atividade pode ser tarefa difícil visto as relações entre diversas empresas e a dificuldade probatória das relações comerciais de controle sem o acesso devido às provas (contratos internos de difícil alcance).

Outrossim, o *Third Draft* continua sem abordar de forma direta a questão da responsabilidade conjunta ou solidária da empresa que causa ou contribui para a violação (subsidiária local) e a que controla a primeira e não a impede de causar ou contribuir para a violação (empresa matriz).

Além disso, as sessões têm sido palco para a realização de propostas (tal como a criação de uma convenção-quadro) que podem de alguma forma esvaziar o conteúdo do tratado, seja por conferir maior autonomia doméstica aos Estados em deliberar sobre como empregar o disposto no tratado, pela criação de normas que dificilmente “levantariam” o véu corporativo ou pela estruturação do texto pautado na linguagem voluntarista dos Princípios Orientadores, que não atribuem obrigações aos entes empresariais, ainda que estes tenham papel substancial na redação dos textos do instrumento e/ou na aplicação das leis ou sanções domésticas.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 9.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 10.

⁴⁷¹ 8.5. “*States Parties shall require legal or natural persons conducting business activities in their territory or jurisdiction, including those of a transnational character, to establish and maintain financial security, such as insurance bonds or other financial guarantees, to cover potential claims of compensation*”.

⁴⁷² Krajewski, *op. cit.*, p. 13.

4 SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS TRANSNACIONAIS: A CONTRIBUIÇÃO DOS ESTÂNDARES INTERAMERICANOS SOBRE JURISDIÇÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE UM TRATADO JURIDICAMENTE VINCULANTE

Ao considerar as observações realizadas no capítulo anterior, no que concerne a extraterritorialidade e novas perspectivas decorrentes das negociações acerca de um instrumento vinculante sobre Empresas e Direitos Humanos, a Organização das Nações Unidas verificou a necessidade da inclusão da extraterritorialidade no âmbito do tratado, seja pela natureza das atividades empresariais transnacionais, ou pelos efeitos das violações de Direitos Humanos causadas.

O projeto de instrumento vinculante que, atualmente já está na fase de debates de seu terceiro *Draft* e conserva conceitos admitidos à época da publicação dos Princípios Orientadores pela ONU em seu Sistema Global, não confere responsabilidades diretas à ETNs por suas atividades violadoras em âmbito global ao redor de suas cadeias de valor e produção. Apesar de estar em vias de negociação, ainda há um grande processo até a ratificação final pelos países e o grau de aceitabilidade do texto do tratado ainda é alvo de debates pela academia desde o início das negociações⁴⁷³, além de refletir a tensão entre norte e sul global⁴⁷⁴ para a criação do instrumento.

Assim, o conteúdo da extraterritorialidade e demais aspectos, como jurisdição, domicílio e responsabilidade inter-relacionados às atividades empresariais, vêm apresentando modificações sensíveis desde o início dos rascunhos, tendo em vista que ainda não foram abarcadas questões específicas como as limitações da extraterritorialidade, medidas jurisdicionais com efeitos extraterritoriais e como proceder com relação aos Estados de origem de uma empresa matriz.

Outrossim, a extraterritorialidade, quando voltada às atividades de empresas transnacionais, apesar de ser inerente ao formato de atuação destas (subsidiárias e/ou filiais em territórios diversos do local onde é fixada sua sede), é tema ainda com poucos delineamentos específicos da temática no âmbito dos Sistemas Internacionais de proteção de Direitos Humanos.

Tais problemas levam a necessidade de consideração sobre como estes temas são observados em sistemas regionais de proteção, tal como o Sistema Interamericano, que já se

⁴⁷³ Birchall, David, 2019, *op. cit.* p. 11.

⁴⁷⁴ Vieira, 2021, *op. cit.*, p. 136.

deparou com o obstáculo da extraterritorialidade e implicações práticas para a proteção de Direitos Humanos visto a ampla gama de violações cometidas por empresas transnacionais, debruçando-se sobre o assunto por meio de produções normativas.

Considerando-se que o posicionamento destes Sistemas também oportuniza a modificação tangível nas regiões as quais pertencem por intermédio das medidas que podem vincular os Estados-Parte, ou das recomendações diretas a um Estado por meio de seu *corpus iuris* nas Observações Escritas, Relatórios, Opiniões Consultivas e manifestações jurisprudenciais, bem como são vetores importantes para transformar padrões e práticas de Direitos Humanos globais em regionais, e vice-versa, o presente capítulo tem como objetivo principal explorar os critérios desenvolvidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a partir do posicionamento da Comissão e Corte Interamericanas para abordar o conceito de jurisdição extraterritorial no âmbito da atuação empresarial.

Neste sentido, pauta-se nos escritos de O'Brien⁴⁷⁵ ao aduzir que judicialização dos Direitos Humanos está avançando nos Sistemas Regionais de Direitos Humanos quando comparada ao Sistema ONU, sob o fundamento de que os sistemas regionais contribuem significativamente para a aplicabilidade das normas de Direitos Humanos⁴⁷⁶, ou seja, são essenciais para fomentar a proteção de Direitos Humanos em escala global.

Ademais, o Sistema Interamericano apresenta mecanismos de exigibilidade⁴⁷⁷ e judicialidade⁴⁷⁸ imprescindíveis para que as violações de direitos possam ser analisadas e identificadas na medida do descumprimento das obrigações firmadas nos instrumentos internacionais, o que consiste, portanto, na justiciabilidade dos Direitos Humanos⁴⁷⁹.

O Sistema Interamericano foi escolhido por dois motivos: 1) em razão da expressiva concentração de empresas e violações de direitos humanos (já contabilizadas) cometidas por estes entes, que por sua vez possuem caráter transnacional tais como as indústrias extrativas

⁴⁷⁵ O'BRIEN, Claire Methven. Business and human rights and regional systems of human rights protection: applying a governance lens. In: **Research Handbook on Global Governance and Business and Human Rights**. Edward Elgar Publishing, 2022. p. 44.

⁴⁷⁶ TEREZO, Cristina Figueiredo. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Curitiba: Appris, 2014, p. 104.

⁴⁷⁷ Para Terezo, existem outras formas de proteção e promoção dos Direitos Humanos que não somente mediante a sua judicialização, classificados como "outras medidas" e "remédios efetivos" como mecanismos de concretização (Terezo, *op. cit.*, p. 253).

⁴⁷⁸ Importa ressaltar que a judicialidade é realizada pelo Sistema Interamericano por meio da atuação da Comissão Interamericana e Corte Interamericana, por intermédio de petições individuais e comunicações interestatais que são analisadas respectivamente pelos dois órgãos com base em seus procedimentos específicos (Terezo, *op. cit.*, p. 254).

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 253.

mineiras⁴⁸⁰ e, 2) embora ainda não seja apresentado diretamente em casos contenciosos, o debate jurisdicional da extraterritorialidade quando envolvidas empresas transnacionais, já foi tratado, por meio de documentação específica e vinculante – a exemplo da Opinião Consultiva n.º 23/2017, que será abordada adiante. Essa conceituação inovadora no Sistema Regional sobre o assunto⁴⁸¹, além de que também já se referiu à atividades empresariais em sua função contenciosa jurisdicional, o que pode conferir bases para maiores possibilidades de proteção.

Outrossim, ante a ausência de um tratado internacional vinculante sobre Direitos Humanos e Empresas, os órgãos supranacionais têm sido os principais responsáveis pela interpretação dos instrumentos vigentes, com a finalidade de abordar as obrigações dos Estados que abrigam atividades empresariais e os de origem⁴⁸².

Posteriormente, após a observação pretendida, foi realizada comparação entre os principais conceitos utilizados pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre o tema da extraterritorialidade e demais temas conexos que envolvem a natureza transnacional empresarial e os dispositivos do último rascunho do tratado, que envolvem menções específicas sobre o assunto.

Para isso, o capítulo recorre à técnica da revisão documental⁴⁸³ por meio da qual em primeiro momento foram selecionados os documentos que tratam sobre Empresas, Direitos Humanos e extraterritorialidade de forma direta. Em seguida, no decorrer da observação, foi considerada a importância de casos trabalhados na Corte que, apesar de não abordarem diretamente o tema, formaram bases para o atual entendimento do SIDH sobre o assunto.

Vale salientar que a Opinião Consultiva em sua redação original utiliza o termo “transfronteiriço”, mas com base no inferido por Gibney e para o nivelamento das terminologias utilizadas, far-se-á uso do termo como sinônimo de extraterritorial⁴⁸⁴.

4.1 O SISTEMA INTERAMERICANO NA PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS VIOLADOS POR EMPRESAS TRANSNACIONAIS

⁴⁸⁰ Portilha, *op. cit.* p. 60.

⁴⁸¹ BURBANO-HERRERA, Clara; HAECK, Yves. Extraterritorial obligations in the inter-American human rights system. *In: The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations*. Routledge, p. 110-124, 2021, p.112.

⁴⁸² Cerqueira, 2015, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁸³ Lakatos; Marconi, *op. cit.*, p. 193.

⁴⁸⁴ Gibney, 2021, *op. cit.*, p. 13.

O Sistema Interamericano (SIDH) contém dois órgãos principais: a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Ele surge a partir da criação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) em 1969, que foi responsável por sua estruturação⁴⁸⁵. Os dois órgãos possuem funções complementares no cumprimento da proteção de Direitos Humanos, mas têm históricos de criação diferentes em decorrência dos momentos em que foram originados e na posterior estruturação de suas funções.

Criada em 1959 com o intuito de realizar o monitoramento da situação dos Direitos Humanos nas Américas⁴⁸⁶, a Comissão exercia funções de órgão promotor de Direitos Humanos, em âmbito regional para a Organização dos Estados Americanos (OEA)⁴⁸⁷ e, atualmente, também é vinculada ao monitoramento dos direitos estabelecidos na Convenção Americana e Declaração Americana.

Ambos os textos internacionais são elementos fundamentais para a atuação dos órgãos que compõem o Sistema Interamericano, pois em determinados momentos podem ser complementares, tanto no tocante aos direitos tutelados, especialmente os que tratam sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, como ao considerar que nem todos os Estados membros da OEA ratificaram a Convenção Americana⁴⁸⁸ e, portanto, não estariam sujeitos aos direitos consagrados no instrumento o que torna o alcance estabelecido pela Declaração Americana mais abrangente quando considerados os países vinculados à OEA.

Anteriormente, a CIDH possuía a natureza de órgão consultivo⁴⁸⁹ e, após modificação de suas competências, a Comissão passou também a receber petições individuais, emitir medidas preventivas de violações de Direitos Humanos, solicitar relatórios e informações sobre o assunto, de maneira que poderia tratar de situações individuais e gerais de violações de Direitos Humanos⁴⁹⁰.

Com a aprovação da CADH, em 1969, a principal inserção realizada no âmbito das

⁴⁸⁵ Terezo, *op. cit.*, p. 149.

⁴⁸⁶ Terezo, *op. cit.*, p. 146.

⁴⁸⁷ Artigo 1.1.: “A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão da Organização dos Estados Americanos criado para promover a observância e a defesa dos direitos humanos e para servir como órgão consultivo da Organização nesta matéria”.

⁴⁸⁸ Terezo, *op. cit.*, p. 147. “Embora a OEA tenha 35 Estados-membro, nem todos ratificaram a Convenção Americana. Aos Estados-membro que não ratificaram a Convenção se aplica a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADH), a Carta da OEA e outros instrumentos assinados pelos Estados respectivos” CERQUEIRA, Daniel. O Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. In **Direitos Humanos e Empresas Violações socioambientais e mecanismos de denúncia**, p. 129-150, 2021, p. 130.

⁴⁸⁹ Ainda que pudesse realizar visitas ou desenvolvesse um período de sessões, tinha atribuições iniciais com restrições, como apenas a possibilidade de ação em casos urgentes sobre paz e segurança (Cançado Trindade, 2017, p. 424).

⁴⁹⁰ Terezo, *op. cit.*, p. 146.

competências da Comissão foi a diferenciação entre as funções do órgão para os países que se declararam Estados-parte da Convenção Americana e os países que somente eram membros da OEA, fator que permitiu o alcance de todos os Estados-membros do organismo e o exercício de funções políticas e diplomáticas⁴⁹¹. Assim, o dever da Comissão de investigar violações de Direitos Humanos cometidas por particulares é oriunda tanto da Convenção quanto da Declaração Americana, que são os principais documentos que norteiam a atuação no Sistema Regional.

Além de processar denúncias, receber petições individuais e comunicações, monitorar o cumprimento das obrigações, a Comissão realiza relatórios gerais e especiais, que se enquadram na função de elaborar e publicar estudos e Recomendações pertinentes, em acordo com o artigo 18 do Estatuto que rege o órgão. Em decorrência deste dispositivo, também possui a função de consulta e assessoramento sobre a temática dos Direitos Humanos, aplicação dos direitos previstos na Convenção e nos demais tratados e assessoria para o cumprimento das obrigações atinentes aos Estados-membros.

A Corte Interamericana foi criada após sua instituição por meio da Convenção Americana em 1969⁴⁹², instrumento que faz previsão expressa sobre seu funcionamento⁴⁹³ e suas funções para os Estados-parte que reconhecerem de forma expressa sua jurisdição. O órgão se tornou responsável pelo recebimento de demandas sobre proteção e respeito de Direitos Humanos em seu processo contencioso⁴⁹⁴.

Além disso, possui função contenciosa e consultiva⁴⁹⁵. A Corte exerce função consultiva quando busca interpretar os dispositivos da Convenção Americana e tratados relacionados à proteção de Direitos Humanos no continente como forma de atuar preventivamente⁴⁹⁶. Para a realização das consultas, segue-se o disposto na Carta da OEA, de maneira que os órgãos e países legitimados não se adstringem aos que ratificaram a CADH,

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 204.

⁴⁹² Foi instalada somente em 03 de setembro de 1979 na Costa Rica e funcionou após dois anos mediante a eleição dos juízes da Corte (Terezo, *op. cit.*, p. 226).

⁴⁹³ “Artigo 33. São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção: a. a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e b. a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.”

⁴⁹⁴ Terezo, *op. cit.*, p. 226-227.

⁴⁹⁵ “Artigo 64. 1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. 2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.”

⁴⁹⁶ Terezo, *op. cit.*, p. 231.

mas sim todos podem solicitar a função consultiva⁴⁹⁷, sem que necessitem da mesma formalidade destinada à decisão da Corte nos casos contenciosos⁴⁹⁸.

Após a solicitação de Opinião Consultiva, esta é emitida e enviada para os países e órgãos que compõem o SIDH e a OEA para que possa produzir efeitos. O tema dos efeitos, apesar de controvertido, em razão de anteriores posicionamentos da Corte de que as Opiniões não teriam efeito vinculante tal qual as sentenças, é dimensionado por especialistas que se posicionam sobre o caráter vinculante das Opiniões sob dois fundamentos: i) a Corte como órgão de origem da Opinião Consultiva; ii) atribuição da Corte de interpretar e aplicar os dispositivos convencionais⁴⁹⁹.

Já a função contenciosa é aquela em que, um Estado, após o já mencionado reconhecimento expresso da CADH e da competência jurisdicional da Corte, permite que o órgão jurisdicional analise casos em que o Estado tenha violado direitos da CADH, por meio da competência em razão da matéria. A Corte IDH deve ser acionada por meio de demandas ou comunicações estatais das vítimas (ou seus representantes/familiares) ou Estados Parte⁵⁰⁰.

Reieger aponta que, no âmbito da Corte Interamericana, há cerca de 13 casos⁵⁰¹ relacionados a violações de Direitos Humanos por parte de entes empresariais que já foram decididos em seu contencioso. As sentenças tiveram fundamento no dever de proteção e nas demais obrigações positivas dos Estados acerca de entes não estatais⁵⁰², e no caso *Kaliña e Lokono vs. Suriname*, a Corte fez referência direta aos Princípios Orientadores, o que demonstra a busca por normas capazes de regular as atividades empresariais na esfera da proteção de direitos.

A Corte também já apresentou sua manifestação direta sobre atividades empresariais por meio da Opinião Consultiva n.º 23/17⁵⁰³, que foi oriunda de um pedido da República

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 231.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 232.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 233.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 235.

⁵⁰¹ São os casos: *Ricardo Baena e outros vs. Panama*, sentença de 02 de fevereiro de 2001; *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Vs. Nicarágua*, sentença de 31 de agosto de 2001; *Yakye Axa Vs. Paraguai*, sentença de 17 de junho de 2005; *Sawhoyamaya vs. Paraguai*, sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 29 de março de 2006; *Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname*, sentença de 28 de novembro de 2007; *Caso Comunidade Indígena Xákmok. Kásek vs. Paraguai*, sentença de 24 de agosto de 2010; *Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador* 27 de junho de 2012; *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros Vs. Panamá*, sentença de 23 de maio de 2014; *Kalina e Lokono vs. Suriname*, sentença de 15 de novembro de 2015.

⁵⁰² RIEGNER, Michael. Regionalizing Business and Human Rights: Corporate Accountability in the European, African and Inter-American Human Rights Systems. *Die Friedens-Warte/Journal of International Peace and Organization*, v. 93, n. 1-2, p. 26, 2020, p. 14.

⁵⁰³ As partes relevantes do artigo 70 do Regulamento do Corte estabelecem que: "1. Os pedidos de opinião consultiva, previstas no artigo 64.1 da Convenção deverão formular com precisão as perguntas específicas sobre

Colombiana para que a Corte Interamericana apresentasse opinião vinculante⁵⁰⁴ sobre as obrigações dos Estados-parte em relação à interpretação da Convenção Americana em relação ao meio ambiente na garantia dos direitos à vida e integridade pessoal. O contexto da solicitação tratava-se do risco sobre o meio ambiente marinho e *habitat* humano quando ocorre a construção e a atividade de grandes obras de infraestrutura, desta feita, o país motivou o pedido ao apontar a existência de grave degradação do meio marinho e humano nas proximidades do Mar das Craíbas diante da construção de grandes obras⁵⁰⁵.

No âmbito da Comissão Interamericana⁵⁰⁶, o Relatório sobre “Empresas e Direitos Humanos: Estândares Interamericanos” (2019) é o mais recente documento que trata de forma abrangente o assunto, visto que, até então, ainda não havia relatório específico sobre a atuação de empresas. Embora o órgão já tivesse abordado o tema de forma transversal em outros documentos, como o Relatório sobre Povos Indígenas, Comunidades Afrodescendentes, Indústrias Extrativas (2016), nesse relatório, tem-se os principais posicionamentos do Sistema e alternativas para a responsabilização de empresas pelas violações cometidas.

O Relatório citado foi formulado pela Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA) com base em uma iniciativa da Assembleia Geral da OEA que compreendeu a necessidade de discutir esse tema e remeteu à Comissão Interamericana de Direitos Humanos um estudo dos estândares interamericanos sobre Direitos Humanos e Empresas, por meio da Resolução n.º 2887, de 14 de junho de 2016⁵⁰⁷. Apesar de carecer da natureza vinculante por ser um relatório que busca estruturar estândares preexistentes e avançar no desenvolvimento de outros, sua força emana de sua autoridade moral e política, visto que o relatório contém orientações que auxiliam os Estados a aplicarem

as quais se pretende obter a opinião do Corte. 2. Os pedidos de opinião consultiva, formuladas por um Estado-membro ou pela Comissão, deverão indicar, além disso, as disposições cuja interpretação se pede, as considerações que originam a consulta e o nome e direção do Agente ou dos Delegados”.

⁵⁰⁴ A função consultiva permite ao Tribunal interpretar qualquer norma da Convenção Americana. Neste sentido, é evidente que a Corte tem, em virtude de ser “intérprete última da Convenção Americana”, concorrência para emitir, com plena autoridade, interpretações sobre todas as disposições da Convenção, inclusive aquelas de caráter processual.

⁵⁰⁵ E, por esta razão, a Colômbia buscou que a Corte determinasse a interpretação da Convenção Americana em relação aos tratados em matéria ambiental.

⁵⁰⁶ “A Comissão Interamericana tem como principal atribuição processar denúncias individuais, bem como monitorar o cumprimento das obrigações decorrentes da ratificação de instrumentos interamericanos de Direitos Humanos, podendo desempenhar suas funções mesmo naqueles Estados que não tenham ratificado a CADH, por força da Carta da OEA, fazendo da CIDH, um órgão de múltiplas funções que a torna singular em comparação com outros entes de organismos internacionais” (Terezo, *op. cit.*, p. 210-211).

⁵⁰⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **AG/RES. 2887**. 2016, p. 23. Disponível em: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2887_XLVI-O-16.pdf. Acesso em: 15 jul. 2023.

instrumentos interamericanos de Direitos Humanos⁵⁰⁸.

O documento observou o estreitamento entre o SIDH e a temática sobre Direitos Humanos e Empresas, em razão da existência de jurisprudências sobre o assunto, bem como a constante reafirmação jurisprudencial sobre a concepção evolutiva da interpretação dos instrumentos de Direitos Humanos, visto que são instrumentos vivos⁵⁰⁹ e devem ser interpretados em acordo com os novos formatos de violações de Direitos Humanos.

Neste contexto, verifica-se que nos últimos anos, o Sistema Interamericano tem se dedicado ao tema em diferentes níveis, diante das violações de Direitos Humanos no sul global e América Latina por empresas transnacionais.

4.2 A RESPONSABILIDADE DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS NO ÂMBITO INTERAMERICANO

A Comissão considera o impacto das ações empresariais sobre o gozo dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais⁵¹⁰ e, para isto, os Estados devem proteger e garantir tais direitos previstos nos tratados de forma a observar os impactos. A possibilidade de responsabilização do Estado por atos cometidos por particulares é baseada no Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras⁵¹¹. Dentre os critérios para a atribuição de responsabilidade, a Corte lista: i) se o ato contou com o apoio ou tolerância de agentes estatais ou; ii) se foi resultado do descumprimento do dever de prevenir violações, investigar, identificar, punir os responsáveis e agir conforme o seu dever de reparação das vítimas⁵¹².

Da mesma forma, alguns instrumentos convencionais do Sistema Interamericano tratam da atribuição Estatal específica em promover ou proteger um direito humano frente a um ato ilícito Estatal, tal como a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as

⁵⁰⁸ MÁRQUEZ, Daniel Iglesias. Estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos: Nuevas perspectivas para la conducta empresarial responsable en las Américas. **Anuario de Derechos Humanos**, v. 16, n. 2, p. 347-379, 2020, p. 354.

⁵⁰⁹ “[...] son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua**, sentença de Mérito, Reparações e Custas de 31 de agosto de 2001, par. 146; CorteIDH. Opinião Consultiva n.º. 16/99, de 1 de outubro de 1999, par. 114).

⁵¹⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais** "Protocolo de São Salvador. 1998. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/basicos/sansalvador.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2023.

⁵¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Sentença de Mérito de 29 de julho de 1988, par. 172.

⁵¹² Organização Dos Estados Americanos. 2019, *op. cit.*, par. 58.

Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência, a qual atribui o dever do Estado em promover a integração destas pessoas por entes privados na prestação ou fornecimento de serviços⁵¹³ e a Convenção contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância, nos quais os Estados devem se comprometer a adotar medidas adequadas para a eliminação, proibição e sanção do apoio privado em relação à atividades discriminatórias e racistas⁵¹⁴.

A atribuição da responsabilidade Estatal por atos de terceiros foi fundamentada pela Comissão com base em alguns fundamentos: o primeiro sobre os artigos 5, 8 e 11 do documento que trata sobre Responsabilidade do Estado por Fatos Internacionalmente Ilícitos⁵¹⁵. Os artigos abordam entes que exercem atribuições do poder público, sob a direção ou controle do Estado, ou comportamentos que o Estado reconheça e adote como próprio; bem como com base na doutrina de cumplicidade⁵¹⁶ em situações de tolerância, concordância ou colaboração Estatal dos atos que constituem a violação⁵¹⁷.

Além disso, o organismo entende que devem ser consideradas peculiaridades de cada contexto: i) níveis de risco de cada atividade ou conduta; ii) condição de vulnerabilidade das pessoas ou comunidades; iii) nível de influência ou controle de quem se assume responsável pela atividade; iv) relação entre a atividade questionada e os seus efeitos, tanto de natureza estatal ou privada.

Em aspecto amplo, o SIDH reconhece a aplicação dos Princípios Orientadores sobre

⁵¹³ “ARTIGO III Para alcançar os objetivos desta Convenção, os Estados Partes comprometem-se a: l. Tomar as medidas de caráter legislativo, social, educacional, trabalhista, ou de qualquer outra natureza, que sejam necessárias para eliminar a discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e proporcionar a sua plena integração à sociedade, entre as quais as medidas abaixo enumeradas, que não devem ser consideradas exclusivas: a) medidas das autoridades governamentais e/ou entidades privadas para eliminar progressivamente a discriminação e promover a integração na prestação ou fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades, tais como o emprego, o transporte, as comunicações, a habitação, o lazer, a educação, o esporte, o acesso à justiça e aos serviços policiais e as atividades políticas e de administração”.

⁵¹⁴ “Artigo 4. Os Estados comprometem-se a prevenir, eliminar, proibir e punir, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, todos os atos e manifestações de racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância, inclusive: i. apoio público ou privado a atividades racialmente discriminatórias e racistas ou que promovam a intolerância, incluindo seu financiamento”.

⁵¹⁵ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas Sobre Responsabilidade Internacional dos Estados**. Tradução: Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba. Disponível em: <https://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2015/09/Projeto-da-CDI-sobre-Responsabilidade-Internacional-dos-Estados.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

⁵¹⁶ “En ese marco, para la Comisión y su Relatoría Especial, profundizar en la doctrina de la complicidad permitiría avanzar en el análisis de la responsabilidad directa del Estado por la asistencia que este presta, sea mediante acciones u omisiones, en este caso a empresas, en situaciones que impliquen violaciones a los derechos humanos. Para ello resulta importante analizar, por ejemplo, las situaciones de estrecha conexión o el nivel de amparo, protección, coordinación, permisibilidad, tolerancia, inacción o auspicio que las empresas transgresoras poseen por parte de los aparatos gubernamentales en el marco de los abusos cometidos” (Organización Dos Estados Americanos, 2019, *op. cit.*, par. 74.).

⁵¹⁷ *Ibid.*, par 74.

Direitos Humanos⁵¹⁸ como correspondentes à obrigação geral de garantia prevista no Sistema Interamericano e base convencional do dever do Estado de proteção no campo de Direitos Humanos e Empresas⁵¹⁹. Neste sentido, os estândaes interamericanos para a atribuição de responsabilidade com relação aos atos de particulares, possuía algumas condições: i) o dever de conhecimento de uma situação de risco, ii) a existência de risco real e imediato; iii) a situação das pessoas afetadas; iv) a adoção de medidas razoáveis para evitar o risco⁵²⁰, de forma que a assunção da responsabilidade com base nos requisitos apresentados acima deve ser observada juntamente com os deveres de supervisão e respeito⁵²¹.

Um dos principais aspectos é a necessidade de observância das normas jurídicas vinculantes de Direitos Humanos e as consequências da aplicação destas normas para as empresas que estão sob a jurisdição de um Estado, pois a existência de vazios normativos pode representar o descumprimento de suas obrigações⁵²². Para isto, há o estímulo da adoção de Planos Nacionais de Ação (PNAs) em matéria de Direitos Humanos e Empresas e criação de marcos normativos, visto a preocupação existente acerca da inexistência de normas que regulem as atividades empresariais, que estão sob a jurisdição de um Estado, independente do seu local de operação⁵²³.

Embora evidenciados esforços para o reconhecimento das atividades violadoras por ETNs e demonstrado alinhamento com a agenda da ONU sobre Direitos Humanos e empresas, perpetua-se a ideia de atribuição de responsabilidade ao Estado por condutas empresariais, o que reforça o véu corporativo existente, assim como os padrões observados nos princípios orientadores.

A Comissão nivela o entendimento sobre a necessidade de criação de marcos normativos e políticas para a legislação sobre empresas em um enfoque de Direitos Humanos com uma perspectiva de aplicação extraterritorial, a qual abrange as empresas nacionais ou transnacionais sob a jurisdição dos Estados.

Nestes casos, quando o Estado não possuir marcos regulatórios e políticas claras que

⁵¹⁸ “De acuerdo a los estándares emitidos en el marco de la protección de los derechos humanos bajo el sistema interamericano y teniendo en cuenta las reglas de interpretación de estas normas así como los Principios Rectores, la CIDH y su REDESCA identifican cuatro deberes estatales claros para dar cumplimiento a la obligación de garantía en el contexto de actividades empresariales: i) deber de regular y adoptar disposiciones de derecho interno, ii) deber de prevenir violaciones a los derechos humanos en el marco de actividades empresariales, iii) deber de fiscalizar tales actividades y iv) deber de investigar, sancionar y asegurar el acceso a reparaciones integrales para víctimas en dichos contextos”. *Ibid.*, par. 86.

⁵¹⁹ *Ibid.*, par. 80.

⁵²⁰ Organização Dos Estados Americanos, 2019, *op. cit.* par. 88.

⁵²¹ *Ibid.*, par. 98.

⁵²² *Ibid.*, par. 109.

⁵²³ *Ibid.*, par. 110.

assegurem o respeito à Direitos Humanos, a CIDH aduz que estes devem se abster de atribuir funções públicas a empresas privadas, bem como devem submeter os entes à prestação de contas e promover um sistema de vigilância transparente e eficaz.

O aspecto diferencial do posicionamento da CIDH refere-se à obrigação de respeito. A Comissão afirma que os Estados violam o dever de respeito quando suas atividades, por meio de atos descumpridores do dever de devida diligência, (que podem ser ações ou omissões) implicam no consentimento, colaboração ou tolerância a comportamentos violadores de Direitos Humanos, assim atribuível a responsabilidade direta por cumplicidade sobre violações de Direitos Humanos⁵²⁴.

E ainda sobre os critérios estabelecidos para a responsabilidade direta de um Estado sobre a ação ou omissão de empresas, neste aspecto a Comissão aborda o posicionamento da Corte no Caso *Muelle Flores vs. Peru* para a atribuição: i) se a empresa exerce atribuições Estatais; ii) se está sob direção ou controle do Estado e se o Estado reconhece aquelas atividades como suas, de maneira que tais atribuições poderiam ser aplicadas no contexto de empresas públicas ou empresas que possuem maior participação do Estado, contratação de empresas para a prestação de serviços públicos e na privatização dos mesmos⁵²⁵.

A obrigação de garantia analisada à luz das atividades empresariais decorre da obrigação geral prevista no art. 1.1 da Convenção Americana. Diante de tal interpretação, a Comissão aduz que é dever do Estado prevenir que entes terceiros violem os direitos protegidos pelo Sistema Interamericano. A CIDH durante o Relatório realiza uma correspondência de tais deveres aos pilares dos Princípios Orientadores (Pilar 01)⁵²⁶, assim atrelado aos deveres de prevenção, fiscalização, regulação e medidas de direito interno, investigação, sanção e reparação para as vítimas.

O dever de prevenção nesta seara implica que as autoridades devem adotar as medidas necessárias com o intuito de identificar e prevenir impactos e riscos possíveis e reais das atividades empresariais sobre Direitos Humanos⁵²⁷ com a utilização de estratégias para superação de violações e produção estatística para o desenvolvimento de políticas públicas.

Ademais, o dever de fiscalização das atividades empresariais já havia sido abordado anteriormente no caso *Kalina e Lokono Vs. Suriname*, por meio do qual a Corte Interamericana entendeu a existência do dever de proteção mediante os mecanismos

⁵²⁴ *Ibid.*, par.73, 78.

⁵²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Muelle Flores Vs. Peru**, sentença de 6 de março de 2019, par. 139.

⁵²⁶ *Ibid.*, par.80.

⁵²⁷ *Ibid.*, par.86, 89.

adequados de fiscalização e estudos de impacto ambiental.⁵²⁸

A obrigação de garantia relaciona-se ao dever de investigação, sanção e garantia aos meios de reparação⁵²⁹, dever que também pode ser combinado com o artigo 25 da Convenção Americana, que se refere à obrigação de recursos judiciais efetivos. Este é um obstáculo sensível para a proteção de Direitos Humanos, pois encontra barreiras na arquitetura da impunidade pautada na captura corporativa, corrupção, falta de assistência legal às vítimas, estrutura corporativa⁵³⁰, e entre outros que evidenciam a disparidade de armas entre as vítimas e as empresas neste processo.

Neste âmbito, a Comissão se baseia no terceiro Pilar do Princípios Orientadores que tratam da garantia de prestação de contas das empresas e da reparação às vítimas de forma judicial, extrajudicial administrativa e nos meios necessários de acordo com os requisitos previstos nos princípios orientadores⁵³¹. A CIDH, portanto, propõe o estabelecimento de um regime jurídico de responsabilidade compartilhada entre a empresa sede (matriz) ou do conglomerado empresarial, para que possam financiar e facilitar às vítimas o acesso à justiça e as informações necessárias para a propositura de duas demandas.

No Sistema Interamericano, atualmente, se recorre à compreensão do Direito Internacional sobre a personalidade jurídica das empresas, visto que não são consideradas como pessoas titulares de obrigações internacionais⁵³². Dessa forma, os pronunciamentos do SIDH possuem uma abordagem estatocêntrica que buscam, na verdade, definir o conteúdo das obrigações do Estado em decorrência das atividades empresariais, ainda que também ofereça, como no caso do Relatório, delineamentos para a compreensão da responsabilidade empresarial de respeito com base no entendimento do Sistema.⁵³³

No mesmo aspecto, apesar da perspectiva que preconiza direitos e obrigações estatais, a Comissão também considera a capacidade das empresas de influenciar diretamente na fruição e gozo destes direitos e em alguns casos de forma decisiva⁵³⁴. A centralidade da pessoa e da dignidade humana é uma demanda constante da sociedade civil para que seja incorporada no texto do tratado, com o intuito de que estas pessoas sejam centrais no processo

⁵²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname**, sentença de mérito, reparações e custas de 25 de novembro de 2015, par. 221.

⁵²⁹ AGUIRRE, David Castillo. **Estándares Interamericanos sobre empresas y Derechos Humanos. Obligaciones estatales frente a los derechos de los niños, niñas y adolescentes**. *Iuris Dictio*, n. 29, p. 15-27, 2022, p. 19.

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 50.

⁵³¹ Verificado nos *Rectores: accesibilidad, predictibilidad, transparencia o equidad (Principio Rector 31)* Organización Dos Estados Americanos, 2019, par. 143-144).

⁵³² Aguirre, 2022, *op. cit.* p. 18.

⁵³³ *Ibid.*, p. 17.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 18.

de prevenção de violações e reparação.

Com efeito, a Comissão, ainda por meio do Relatório infere que as Empresas possuem obrigações de Direitos Humanos, ainda que não tenham a possibilidade de atribuição de responsabilidade legal por suas atividades⁵³⁵, tal afirmação é corroborada pelo desenvolvimento, ao final do documento, de 05 (cinco) recomendações voltadas às empresas, quais sejam: i) devida diligência ao longo das cadeias de valor; ii) impedir violações de Direitos Humanos; iii) não colocar obstáculos para a proteção de Direitos Humanos; iv) prestar contas e reparação integral dos danos; v) não exercer pressão ou influência indevida.

Ademais, no Caso *Empregados da Fábrica de Fogos vs. Brasil*, a Corte se posicionou acerca da existência de responsabilidade compartilhada entre o Estado e o ente empresarial no quesito das medidas de não repetição no âmbito das medidas de reparação por violações de Direitos Humanos⁵³⁶. Neste caso, a Corte reconhece que a empresa em questão violou direitos humanos e, ao incluir imperativos diretos às empresas enseja uma análise voltada para a existência de obrigações destes entes na seara do Direito Internacional.

4.3 SISTEMA INTERAMERICANO E JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL: ESTÂNDARES APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

O Sistema Interamericano já possui precedentes em relação à aplicação da jurisdição extraterritorial em casos de violações de Direitos Humanos. Apesar de não existir menção expressa à cláusula de jurisdição na Declaração Americana nem limitações ao escopo territorial, a Comissão vem aplicando o princípio da universalidade atrelado a uma cláusula de jurisdição implícita para avaliação de responsabilidade extraterritorial⁵³⁷. Já no âmbito da Convenção Americana, apesar de não conter menção expressa a algum tipo de obrigação

⁵³⁵ Organização Dos Estados Americanos, 2019, *op. cit.*, par. 94.

⁵³⁶ “Levando em consideração que o presente caso se refere também ao tema empresas e direitos humanos, a Corte julga pertinente ordenar ao Estado que, no prazo de um ano, apresente um relatório sobre a implementação e aplicação das Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, especialmente no que diz respeito à promoção e ao apoio a medidas de inclusão e não discriminação, mediante a criação de programas de incentivo à contratação de grupos vulneráveis; à implementação, por parte das empresas, de atividades educacionais em direitos humanos, com a divulgação da legislação nacional e dos parâmetros internacionais, e de um enfoque nas normas relevantes para a prática das pessoas e os riscos para os direitos humanos”. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de julho de 2020, par.291.)

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 112.

extraterritorial, o artigo 1(1)⁵³⁸ cita a palavra “jurisdição” ao determinar o âmbito do respeito aos direitos e liberdades⁵³⁹.

O desenvolvimento da extraterritorialidade é marcado, em diversos momentos, pela manifestação dos órgãos sobre o assunto para determinar seu escopo de aplicação geográfico. Como exemplo, ao interpretar o alcance da Convenção Americana, a Comissão sustentou a responsabilidade de todos os Estados em respeitar as pessoas dentro e fora de seu território, além de utilizar a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) como fundamento para o significado de jurisdição pautado na boa-fé. A omissão da palavra “território” na referida Convenção, significaria que os Estados possam ser responsabilizados por atos ou omissões onde exercerem sua jurisdição⁵⁴⁰.

Suas primeiras manifestações sobre as violações cometidas por um Estado em outro território se remonta à sua função de relatoria ao produzir relatório sobre a situação de Direitos Humanos no Chile (1985) com foco no assassinato de ex-funcionários do governo praticados por agentes nacionais estadunidenses e argentinos⁵⁴¹. Ademais, no contexto das suas competências de admissão e análise de casos, em *Saldaño vs Argentina*⁵⁴² (a primeira petição decidida pela Comissão sobre responsabilidade extraterritorial em relação à CADH, 1999), a CIDH havia suscitado dois requisitos que configurariam obrigações de um Estado por atos cometidos em outro território: i) ações ou omissões com efeitos fora do território do Estado demandado; ii) quando a pessoa ou violador se encontra sob a autoridade ou controle efetivo do Estado demandado.

Em casos relativos às intervenções militares, a Comissão utilizou um modelo de jurisdição pessoal sobre os agentes militares dos EUA em Panamá. Sobre esta situação em específico, o órgão aduziu que os direitos fundamentais da pessoa humana pautados na igualdade e não discriminação, devem ser defendidos sob a jurisdição daquele Estado, ainda

⁵³⁸ “Artigo 1. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, a pessoa é todo ser humano” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969).

⁵³⁹ Burbano-Herrera; Haack, 2021, *op. cit.*, p.112.

⁵⁴⁰ *Ibid*, p. 115.

⁵⁴¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CIDH. **Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile.**, 8 de maio de 1985. Disponível em: <http://www.cidh.org/countryrep/Chile85sp/Indice.htm>. Acesso em: 20 jun 2023.

⁵⁴² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CIDH. **Informe 38/99 sobre a petição de Víctor Saldaño vs. Argentina**, decisão de inadmissibilidade de 11 de março de 1999. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/98span/inadmisibilidad/Argentina.Salda%C3%B1o.htm>. Acesso em: 20 jun 2023.

que a pessoa não esteja presente no território, mas sujeita ao controle do Estado em razão dos atos violadores cometidos por agentes deste último⁵⁴³.

O mesmo órgão, ao tratar dos aspectos jurisdicionais acerca da responsabilidade de um país anfitrião sobre os direitos de um estrangeiro que foi punido com pena de morte em seu território, interpretou de forma extensiva os aparatos da jurisdição, pelo qual entendeu que a jurisdição de um país não se limita ao critério geográfico e territorial de um país⁵⁴⁴, de forma a definir que a Declaração Americana e a Convenção Americana possuem aplicação extraterritorial. Ou seja, nesta definição alcançada pela Comissão, os Estados devem proteger e podem ser responsabilizados internacionalmente por atos e omissões cometidos onde quer que exerçam jurisdição⁵⁴⁵.

Sobre as competências jurisdicionais em espaços aéreos, mais precisamente envolvendo a queda de aviões civis (desarmados) em espaço aéreo com ações de militares cubanos, a Comissão argumentou a existência de exceções à competência, em razão do local, e utilizou-se do fundamento do princípio da universalidade ao aduzir que as vítimas estavam sob o controle ou autoridade dos agentes de outros Estados⁵⁴⁶.

O uso da força em casos sobre desaparecimento forçado e sequestro também é exemplo de exceção admitidas pela Comissão com o intuito de permitir o exercício da jurisdição extraterritorial dos Estados da OEA, assim como o uso da força sob agentes do Estado para a detenção de pessoas a bordo com o intuito de levá-las a outro território,⁵⁴⁷ com base no critério do controle sobre a pessoa. Da mesma forma, sobre o uso da força para o encarceramento de pessoas em centros de detenção em outros territórios, a Comissão admitiu a extraterritorialidade e, inclusive admitiu que fossem emitidas Medidas Cautelares, a fim de resguardar os direitos que estavam sob risco e urgência de padecimento⁵⁴⁸.

Nos casos demonstrados acima, em razão da aplicação da jurisdição extraterritorial ser aplicada em decorrência da atividade de agentes estatais, portanto sob o critério pessoal de jurisdição, os critérios utilizados pelo SIDH se basearam na existência dos pressupostos de ele

⁵⁴³ Burbano-Herrera; Haeck, *op. cit.*, p. 112.

⁵⁴⁴ CERNA, Christina. The Extraterritorial Application of the Human Rights Instruments of the InterAmerican System' in Coomans, F. and Kamminga, M. (eds). Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, **Intersentia**, p. 16, 2004, p. 9. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31600.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2022.

⁵⁴⁵ Burbano-Herrera; Haeck, *op. cit.*, p. 113.

⁵⁴⁶ Burbano-Herrera; Haeck, *op. cit.*, p. 114.

⁵⁴⁷ Burbano-Herrera; Haeck, *op. cit.*, p. 117.

⁵⁴⁸ Burbano-Herrera; Haeck, *op. cit.*, p. 117.

deveria vir atrelado ao conceito de “controle”, “poder” ou “autoridade”⁵⁴⁹.

No entanto, a Corte reforça a existência dos requisitos de controle ou autoridade por se enquadrarem em contextos diversos aos do uso da força mencionados. Para isso, Comissão se baseia na obrigação de respeito inerente às obrigações emanadas dos acordos assumidos internacionalmente sobre Direitos Humanos como a CADH, assim como já mencionado, e para os países que não a ratificaram, como Cuba, os direitos emanam do que fora consagrado na Declaração Americana⁵⁵⁰.

Mais precisamente sobre o aspecto da atuação das empresas e impactos das atividades empresariais sobre os Direitos Humanos nos países anfitriões, a Comissão por meio de audiências públicas, a exemplo da audiência temática realizada em 2012 sobre a “Situação dos Direitos Humanos das pessoas afetadas pelas indústrias extrativas nas Américas”⁵⁵¹, tratou das responsabilidades dos Estados de origem das empresas, ou seja, extraterritoriais⁵⁵². Recentemente, no Relatório sobre “Empresas e Direitos Humanos: Estândares Interamericanos” (2019) observou que a extraterritorialidade ocorre em razão da complexa organização e operação dos atores econômicos e a relação com os Direitos Humanos em níveis globais⁵⁵³.

No âmbito da Corte Interamericana, um dos principais marcos para a ampliação do conceito sobre jurisdição extraterritorial desenvolvido sobretudo na esfera empresarial, é a Opinião Consultiva nº 23/17⁵⁵⁴, após solicitação da Colômbia para discorrer sobre meio ambiente e Direitos Humanos. Neste contexto, é desenvolvida a noção ampliada de jurisdição

⁵⁴⁹ *La mayoría de estos supuestos involucran una actuación militar o de las fuerzas de seguridad del Estado, que evidencian un “control”, “poder” o “autoridad” en la ejecución de la conducta extraterritorial. Sin embargo, estos no son los supuestos planteados por el Estado solicitante ni corresponden al contexto específico de obligaciones en materia ambiental al que se refiere esta solicitud de opinión consultiva* (Organização dos Estados Americanos, 2017, *op. cit.*, par. 80).

⁵⁵⁰ Burbano-Herrera; Haeck, *op. cit.*, p. 114.

⁵⁵¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CIDH 144. Período de Sesiones. **Situación de derechos humanos de las personas afectadas por las industrias extractivas en las Américas**. 28 de março de 2012.

⁵⁵² Para isso, a Comissão sugere a interpretação das normas de Direitos Humanos, por meio da interpretação evolutiva dos tratados de Direitos Humanos, princípio *pro persona*, princípio da efetividade e o uso das demais fontes de Direito Internacional (*corpus iuris*). ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Situación dos Direitos Humanos das pessoas afetadas pelas indústrias extrativas nas Américas**. 2012.

⁵⁵³ *Ibid.*, par. 52.

⁵⁵⁴ A Opinião Consultiva se destaca, pois, ao utilizar da função da Corte interamericana como intérprete última da Convenção, estabelece questões sobre o alcance extraterritorial do referido tratado, sobretudo em matéria ambiental. É um aspecto diferencial pois, a maioria dos tratados de direitos humanos apresentam limitações jurisdicionais e territoriais, mas não consideram as questões ambientais extraterritoriais (BANDA, Maria L. Inter-American Court of Human Rights’ Advisory Opinion on the environment and human rights. **Am. Soc’y Int’l L.: Insights**. 2018, p. 3).

extraterritorial pelo Sistema Interamericano⁵⁵⁵ durante o exercício de sua função consultiva⁵⁵⁶ que aborda a jurisdição como pressuposto inicial para a atribuição de responsabilidade a um Estado sob os requisitos de controle ou autoridade⁵⁵⁷ de forma direta de um Estado desde que configurada a presença de tais pressupostos.

O critério da autoridade apresenta bases no exercício em casos de ocupação e/ou intervenção militar, atuação das forças de segurança, influência militar e também política e econômica sobre outro Estado⁵⁵⁸.

A extraterritorialidade é aplicável de modo excepcional no âmbito do Sistema Interamericano quando sob o fundamento de que pelos acordos convencionais um Estado expressa seu consentimento para limitar sua soberania, desde que em conformidade com os outros princípios de Direito Internacional, tal como o princípio da não intervenção.

A CorteIDH aduz que a noção de jurisdição pode ser interpretada para além de suas fronteiras territoriais quando: i) as condutas violadoras ocorrem fora do território de um Estado ou; ii) quando são gerados os efeitos fora do local onde as violações foram cometidas, como no caso dos danos ambientais⁵⁵⁹. Para a Corte, a análise deve ser realizada em acordo com as particularidades de cada caso concreto com fundamento de que os Estados, em acordo com o princípio do *pacta sunt servanda*, devem aplicar a Convenção de maneira razoável, com a finalidade de que seja cumprido o real objetivo do tratado ratificado com a proteção de Direitos Humanos.

Além da aplicação razoável, os Estados também não devem apresentar obstáculos para o cumprimento de suas obrigações convencionais. Por essa razão, as atividades desempenhadas dentro de um Estado não podem privar outro da capacidade de assegurar direitos para as pessoas sob sua jurisdição. Ou seja, a respeito também das obrigações que estão dentro de seu território, mas que produzem efeitos em outro Estado.

A Corte estabelece o critério da jurisdição do Estado de origem do dano desde que exista relação causal entre as atividades e o impacto fronteiriço sobre os direitos violados. Neste caso, há relação causal fixada sob o critério do Estado que possui controle efetivo sobre

⁵⁵⁵ Burbano-Herrera; Haeck, *op. cit.*, p. 114.

⁵⁵⁶ Como regra de interpretação abordada pela Corte, ela sugere que sejam assimiladas as regras de interpretação dos tratados e o significado da palavra “jurisdição” interpretado de boa-fé, levando em conta o caso dentro de seu contexto e o objeto e finalidade da Convenção. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva 23/17**. 2017.)

⁵⁵⁷ Organização Dos Estados Americanos. 2019, *op. cit.* par. 153.

⁵⁵⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Franklin Guillermo Aisalla Molina (Equador Vs. Colômbia)**. Relatório de admissibilidade No. 112/10 de 21 de outubro de 2010, par. 98.

⁵⁵⁹ Banda, 2018, *op. cit.* p. 3.

as atividades que causaram o dano e também condições de prevenção de danos. Dessa forma, a Opinião Consultiva marca a existência de um “teste de controle eficaz/efetivo” que consiste na averiguação da existência um nexos entre as condutas realizadas dentro dos limites territoriais do Estado de origem e entre violação dos direitos e liberdades realizadas no estrangeiro⁵⁶⁰. Assim, a Corte IDH utilizou a ideia de que o controle efetivo pode estabelecer vínculo fático entre um Estado e uma conduta empresarial da seguinte forma: i) caso um Estado tenha o controle sobre as violações ocorridas em outro, e; ii) caso a conduta exercida no território de um Estado resulte em danos previsíveis em outro, a jurisdição será atribuída ao primeiro.

Por meio deste entendimento, Herrera e Haeck observam a modificação de paradigma da atribuição de jurisdição, o que antes era exercido sobre um atributo espacial ou em relação à localização das vítimas, agora também pode ser exercido em relação às atividades empresariais violadoras⁵⁶¹, ou seja, passou a ser considerado como o controle exercido sobre as atividades domésticas em questão, de forma diversa do entendimento sobre controle sobre uma pessoa ou território⁵⁶².

Ainda sobre o assunto, na ausência de um comportamento diretamente atribuível ao Estado e com base nos temas que já haviam sido determinados pela Corte, indicou outro critério na ausência dos critérios de controle efetivo ou autoridade: i) a possibilidade de atribuição da jurisdição de um Estado com base no requisito da influência ou produção de efeitos previsíveis no disfrute de Direitos Humanos em território estrangeiro, pautado nas obrigações de regulação, prevenção, fiscalização e prestação de contas consoante as regras de Direito Internacional⁵⁶³.

Correlato a ele, é abordado o dever de desenvolvimento de instituições e normativas jurídicas com efeitos extraterritoriais que tenham a capacidade de reduzir os riscos de violações de Direitos Humanos em outros países, assim como o dever de fornecimento de recursos efetivos para que as vítimas tenham acesso à justiça e garantia do seu direito à reparação, o que se interliga com o dever de cooperação entre os Estados, para que não ofereçam obstáculos à garantia de Direitos Humanos em outros países⁵⁶⁴.

Mais adiante, a CIDH compreende que este critério utilizado para a atribuição da jurisdição baseado na possibilidade de influência do Estado deve ser pautado pelas bases

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 123.

⁵⁶¹ Herrera; Hayek, *op. cit.*, p. 120.

⁵⁶² Banda, 2018, *op. cit.*, p. 6.

⁵⁶³ Organização Dos Estados Americanos, 2019, *op. cit.* par. 160.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, par. 169.

jurisdicionais da Nacionalidade ou Personalidade ativa⁵⁶⁵, bem como os requisitos elencados no art. 25 dos princípios de Maastrich⁵⁶⁶.

Neste âmbito, a Comissão Interamericana, em consonância com os alinhamentos realizados nos debates para a construção do tratado, também analisa a problemática da utilização do instituto do *fórum non conveniens*⁵⁶⁷ como forma de se desobrigar do conhecimento de um caso quando há um foro que aparentemente pode ser mais apropriado. O principal contraponto utilizado para a proibição do uso deste instituto quando se abordam violações de Direitos Humanos é o acesso à justiça das pessoas que possuem direitos violados e o uso do instituto como uma debilidade dos sistemas judiciais para sancionar e investigar empresas violadoras, o que implica na garantia de direitos.

O Sistema Interamericano, por meio da noção expandida da teoria do controle efetivo infere na obrigação dos Estados de origem de uma empresa transnacional em serem responsáveis pelo estabelecimento de marcos normativos fora de seu território, visto que o dever de vigilância em relação a tais atos que decorre da influência de um Estado sobre os atos de uma empresa em relação aos seus deveres de regulação, prevenção e fiscalização⁵⁶⁸.

De forma correlata ao véu corporativo, o Relatório infere que os Estados devem prevenir que os arranjos corporativos se tornem prejudiciais à proteção de Direitos Humanos, tais como a fusão, aquisição, venda ou dissolução empresarial⁵⁶⁹.

Consoante o abordado, a Corte Interamericana firmou posicionamento de que quando ocorrem danos extraterritoriais que afetem Direitos Humanos protegidos pela Convenção, essas pessoas estão jurisdicionadas pelo Estado de origem sob o critério da causalidade: caso exista relação de causalidade entre a atividade que foi originada em seu território e a afetação

⁵⁶⁵ *Ibid.*, par. 165.

⁵⁶⁶ Princípios de Maastrich, artigo 25. “*Bases para la protección Los Estados deben adoptar y aplicar efectivamente medidas para proteger los derechos económicos, sociales y culturales a través de medios legales y de otra índole, incluyendo medios diplomáticos, en cada una de las siguientes circunstancias: a) el daño o la amenaza de daño se origina u ocurre en su territorio; b) el actor no estatal tiene la nacionalidad del Estado en cuestión; c) en lo referente a empresas comerciales, cuando la empresa, la compañía matriz o la sociedad que ejerce el control, tiene su centro de actividad, está registrada o domiciliada, o tiene su sede principal de negocios o desarrolla actividades comerciales sustanciales en el Estado en cuestión; d) cuando hay un vínculo razonable entre el Estado en cuestión y la conducta que pretende regular, incluyendo cuando aspectos relevantes de las actividades del actor no estatal son llevadas a cabo en el territorio de ese Estado; e) cuando cualquier conducta que menoscabe los derechos económicos, sociales y culturales constituya una violación de una norma imperativa del derecho internacional. Cuando tal violación también constituya un crimen en el derecho internacional, los Estados deben ejercer jurisdicción universal sobre los responsables o transferirlos legalmente a una jurisdicción adecuada.*” Disponível em https://www.fidh.org/IMG/pdf/maastricht-eto-principles-es_web.pdf. Acesso em: 14 abr. 2022.

⁵⁶⁷ Organização Dos Estados Americanos, 2019, *op. cit.* par.159.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 83.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 73.

dos Direitos Humanos de pessoas fora de seu território.

Mais adiante a Corte detalha que o Estado que possui condão de impedir a realização dos danos é aquele em que as atividades estão sendo realizadas sob sua jurisdição ou território atrelado ao requisito do exercício do controle efetivo.

Nesse aspecto, em consonância, a Comissão esclarece a necessidade reconhecimento da aplicação extraterritorial das obrigações oriundas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, seja de ordem estatal ou sobre os efeitos relacionados às atividades empresariais ou atores não estatais⁵⁷⁰. Se o Estado possui controle efetivo sobre o exercício de Direitos Humanos de pessoas que estão fora de seu território ou pode influenciar tal garantia, exerce jurisdição sobre aquelas atividades e, portanto, pode ser responsabilizado.

A perspectiva da jurisdição extraterritorial defendida no relatório da Comissão revela a necessidade de atuação empresarial com devida diligência, não somente a respeito das próprias operações, mas também sob a cadeia produtiva, suas atividades desempenhadas por empresas controladas ou controladoras, as quais podem ser subsidiárias, provedoras filiais, franqueadas ou de outras de sociedade comercial, bem como da necessidade de regulação de atividades e operações transnacionais de empresas que estejam sob o território de um Estado ou sob sua jurisdição⁵⁷¹.

A Comissão Interamericana reconhece que um Estado atua com falta de diligência quando não pune ou investiga corretamente fatos graves e reiterados de violações de Direitos Humanos relacionados a atividades empresariais, sobretudo quando tem conhecimento de fatos concretos referentes a empresas situadas sob sua jurisdição. E, além disso, o descumprimento prolongado de seus deveres de garantia e omissões de responsabilidade configuram o consentimento com tais atos, que devem ser observados à luz do dever de respeito⁵⁷².

Para a Comissão, a devida diligência não está atrelada somente à adoção de um marco que fomente a identificação, prevenção e mitigação dos riscos e violações de Direitos Humanos, mas também para que as empresas possam prestar contas aos Estados sobre suas condutas que geram consequências negativas provocadas ou contribuídas pelas atividades operacionais. É exigível que os requisitos de devida diligência das empresas sob sua jurisdição sejam garantidos também sobre a “estrutura corporativa”, ou seja, as demais empresas controladas ou sob as quais a empresa exerça controle ao longo de suas cadeias de

⁵⁷⁰ *Ibid.*, par. 52.

⁵⁷¹ *Ibid.*, par. 118.

⁵⁷² *Ibid.*, par. 79.

produção⁵⁷³.

O dever de fiscalização é extraído dos requisitos apresentados no Caso Acosta e outros vs. Nicarágua, onde a interpretação atribuída a devida diligência reforça o entendimento de que o órgão que investiga deve atuar de forma a abranger todas as atividades necessárias para o alcance da finalidade fiscalizadora por meio de: i) todos os meios legais disponíveis; ii) alcance da verdade⁵⁷⁴.

A Comissão Interamericana reconhece a importância do Estado de origem para observar a devida diligência e possíveis responsabilizações de uma empresa como uma possibilidade de obter demandas que possam levar à uma reparação efetiva. Isto deve ser considerado também quando uma empresa realiza violações em sua cadeia de produção ou por meio de suas relações comerciais com atores domiciliados em outros Estados⁵⁷⁵.

Esta modalidade reconhece a aplicação da jurisdição com efeitos extraterritoriais em relação ao país de origem de uma ETN, cujo dever de garantia remonta aos efeitos das atividades empresariais que estão sob sua jurisdição em razão do domicílio, mas realizando atividades violadoras em outro território.

O instituto do véu corporativo também é abordado como um obstáculo para a responsabilização de empresas, pois é observada a capacidade empresarial ao se mover ou modificar sua jurisdição para que se beneficiem, o que acarreta na dificuldade em proteger e garantir Direitos Humanos⁵⁷⁶.

A CIDH sugere que um recurso efetivo e acesso à justiça nestes contextos das cadeias de valor podem ser solucionados com o estabelecimento de regimes jurídicos de responsabilidade compartilhada da empresa matriz ou grupo empresarial. Tal como também o oferecimento de uma assistência jurídica que permita demandas coletivas, litígios de interesse público e garanta o acesso à informação por meio da obtenção de provas para o processo.

Isto posto, evidencia-se a necessidade de adoção de marcos normativos e políticas

⁵⁷³ A Comissão afirma que “*Esto incluye la exigencia de requisitos de debida diligencia a las empresas bajo su jurisdicción, no sólo respecto de sus propias operaciones comerciales sino también sobre la estructura corporativa que desarrolla, por ejemplo, mediante entidades controladas o sobre las que dichas empresas ejercen influencia o control, como respecto de sus cadenas de suministro, subcontratistas, proveedores, franquiciados u otros socios comerciales, según el sector económico y problemática de derechos humanos que se trate*”. *Ibid.*, par. 117.

⁵⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Acosta e outros Vs. Nicarágua**. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas, de 25 de março de 2017, par. 136.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, par. 133.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, par. 135.

públicas relacionadas a operações transnacionais⁵⁷⁷ diante da dificuldade de investigação das empresas matrizes por violações de Direitos Humanos praticadas por suas subsidiárias ao longo das cadeias de produção.

O conceito de dano significativo, nos termos explicitados pela Corte, seria algo detectável, mas prescinde da definição de gravidade ou substancialidade; que deve ter como consequência um “efeito prejudicial real” previsíveis em Direitos Humanos, definido como qualquer dano capaz de causar violações aos direitos à vida e integridade pessoal consoante alcance definido previamente⁵⁷⁸.

Juntamente com as obrigações gerais de respeito e garantia, o dever de cooperar também é entendido como necessário em dois âmbitos: 1) a prestação mútua de assistência de diversas naturezas entre os Estados, por meio de um marco internacional; e 2) uma específica para que os Estados e os atores não estatais não se tornem óbices para o gozo de Direitos Humanos em outros países, consoante artigo 2 da Convenção Americana e em seu Protocolo Adicional⁵⁷⁹.

4.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXPERIÊNCIA INTERAMERICANA PARA A CONSTRUÇÃO DE UM INSTRUMENTO JURIDICAMENTE VINCULANTE SOB A PERSPECTIVA DA JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL

O posicionamento do Sistema Interamericano revela a existência de um conceito de jurisdição extraterritorial pautado nos requisitos de controle efetivo e autoridade, quando as atividades violadoras ocorrem fora do território de um Estado, ou quando dentro daquele Estado são gerados efeitos fora do local onde as violações são cometidas⁵⁸⁰. Ademais, a Comissão adotou a possibilidade de exercício jurisdicional quando há influência ou produção de efeitos previsíveis de uma atividade violadora⁵⁸¹.

Com base neste aspecto, a modificação de paradigma que estabelece a jurisdição não

⁵⁷⁷ A Corte diz que: “Ello con el objeto de disuadir las amenazas a los derechos humanos en los distintos contextos que en este campo se puedan presentar, particularmente en aquellos sectores donde se identifiquen mayores desafíos o denuncias sobre al disfrute de derechos humanos como podrían ser las industrias extractivas, textiles, agroindustriales, u operaciones empresariales respecto de la provisión de servicios públicos esenciales o dentro de cadenas de suministro o valor, entre otros”. *Ibid.*, par. 68.

⁵⁷⁸ *Idem.*

⁵⁷⁹ *Ibid.*, par., 159.

⁵⁸⁰ Banda, 2018, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁸¹ Organização Dos Estados Americanos, 2019, *op. cit.* par. 160.

sobre a pessoa, mas sim sobre a atividade violadora realizada⁵⁸², amplia os horizontes para a atribuição de responsabilidade aos países de origem de uma ETN, sob uma concepção de que o Estado de domicílio empresarial também possui responsabilidade na proteção de Direitos Humanos ao longo da cadeia de valor.

Assim, a concepção de jurisdição voltada para as bases jurisdicionais da Nacionalidade ou Personalidade ativa⁵⁸³ não foi apenas o único posicionamento que ampliou as possibilidades de responsabilização ou de atribuição de deveres de um ente fora do território em que cometeu o dano. O requisito da influência na produção de efeitos previsíveis no disfrute de Direitos Humanos em território estrangeiro, apesar de ser voltado para uma concepção de territorialidade (territorialidade subjetiva)⁵⁸⁴ envolve uma alternativa relacionada à produção de efeitos extraterritoriais da jurisdição territorial⁵⁸⁵.

Neste sentido, a produção normativa do Sistema Interamericano se assemelha ao que vem sendo construído no *Third Draft* do instrumento juridicamente vinculante em alguns aspectos. O primeiro deles é a definição de atividades empresariais de caráter transnacional existente no art. 1.4 do Documento⁵⁸⁶ em razão da concepção de atividades realizadas em um Estado, mas com efeitos significativos em outro Estado ou jurisdição; possui partes significativas de sua preparação realizadas em outros Estados ou praticada em mais de uma jurisdição ou Estado.

No art. 6.2 do referido rascunho⁵⁸⁷, o termo controle se apresenta como correlato ao dever do Estado em tomar medidas jurídicas adequadas para assegurar a proteção de Direitos Humanos, assim possui o dever de prevenir em três circunstâncias: no território, sob sua jurisdição ou sob seu controle, embora não forneça significado para os três termos utilizados. O que se desprende das análises realizadas pelo assentado no direito consuetudinário, é que o

⁵⁸² Herrera; Hayek, *op. cit.*, p. 120.

⁵⁸³ Organização Dos Estados Americanos, 2019, *op. cit.*, par. 165.

⁵⁸⁴ Cassel, *op. cit.*, p. 202.

⁵⁸⁵ BERNAZ, Nadia. Enhancing corporate accountability for human rights violations: is extraterritoriality the magic potion?. *Journal of Business Ethics*, v. 117, 493-511, 2013, p. 493.

⁵⁸⁶ Artigo 1.4. “*Business activities of a transnational character*” means any business activity described in Article 1.3. above, when: a. It is undertaken in more than one jurisdiction or State; or b. It is undertaken in one State but a significant part of its preparation, planning, direction, control, design, processing, manufacturing, storage or distribution, takes place through any business relationship in another State or jurisdiction; or c. It is undertaken in one State but has significant effect in another State or jurisdiction”.

⁵⁸⁷ Article 6.2: “*States Parties shall take appropriate legal and policy measures to ensure that business enterprises, including transnational corporations and other business enterprises that undertake activities of a transnational character, within their territory, jurisdiction, or otherwise under their control, respect internationally recognized human rights and prevent and mitigate human rights abuses throughout their business activities and relationships*”.

território seria indicado pelos limites geográficos⁵⁸⁸, mas os termos de jurisdição e controle por apresentarem controvérsias conceituais, sobretudo em matéria de atuação transnacional, podem gerar contradições visto que o dispositivo não apresenta definição expressa do conceito de controle⁵⁸⁹.

O SIDH utiliza fundamentos oriundos tanto de seu *corpus iuris* quanto do de Direito Internacional para determinar o teste de controle eficaz/efetivo de um Estado sobre uma atividade empresarial violadora. O uso de tais critérios no tratado poderiam ser utilizados como forma de afastar a evasão da responsabilidade do Estado, visto que estaria preenchida a lacuna da indeterminação conceitual.

Ademais, assim como no SIDH a atribuição de jurisdição é fundamento legal para a atribuição de responsabilidade sobre atos violadores, o art. 8.3⁵⁹⁰ do *Third Draft* demonstra a responsabilização mediante atividades empresariais que causaram ou contribuíram para violações de direitos sob novamente o critério da jurisdição, controle ou território. Em aspecto de aplicabilidade, poderia utilizar-se do exercício da jurisdição (territorial com efeitos extraterritoriais) baseado no poder de influência de um Estado sobre aquela atividade empresarial ou os efeitos que o ente Estatal deveria ter previsto, consoante os aportes utilizados pela Comissão.

O art. 9 que trata da competência judicial ou adjudicativa estabelece critérios para a eleição do foro adequado com base nos atos, omissões, atividades empresariais, nacionalidade ou domicílio da vítima ou efeitos das violações de direitos humanos. Neste quesito, os critérios desenvolvidos e alinhados pelo Sistema Interamericano se assemelham ao passo em que elencam, ainda que em documentos e órgãos distintos, critérios semelhantes.

Vale ressaltar ainda que, conforme já explicitado na seção de análise dos *Drafts*, os critérios jurisdicionais que mais aparecem no decorrer do rascunho do Tratado em análise, são aqueles que definem um foro adequado para a atuação dos Tribunais, consoante artigo 9 que se refere ao estabelecimento de requisitos para a jurisdição adjudicativa, de forma que as demais obrigações estabelecidas no decorrer do rascunho, tal como a adoção de medidas ou políticas presente no artigo 6 supracitado, permanece com indeterminações.

Já o conceito de jurisdição extraterritorial, desenvolvido pela Corte/Comissão

⁵⁸⁸ Shaw, 2010, *op. cit.*, p. 471.

⁵⁸⁹ Milanovic, 2011, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁹⁰ Article 8.3: “States Parties shall adopt legal and other measures necessary to ensure that their domestic jurisdiction provides for effective, proportionate, and dissuasive criminal, civil and/or administrative sanctions where legal or natural persons conducting business activities have caused or contributed to human rights abuses”.

Interamericanas, demonstra a necessidade de que um Estado atue no exercício da jurisdição consoante as três formas, seja de forma judicial, ou prescritiva ou executória⁵⁹¹ defendidas pela doutrina, e quando comparadas, demonstram a existência de critérios para a aplicação. Conforme já explicitado, os deveres de garantia se desprendem do art. 1.1 da Convenção Americana, o qual implica na adoção das medidas necessárias (ainda que legislativas, políticas ou judiciais) para a proteção de direitos.

Do mesmo modo, ainda sobre a questão da evasão de responsabilidade, agora sob a égide do foro competente, a abordagem sobre o *forum non conveniens* no Sistema Interamericano é semelhante à descrita no *Draft* terceiro em seu art. 9.3 e no Relatório da Comissão em razão da linguagem sobre a necessidade de que seja evitado o uso do instituto, mas sem proibição expressa⁵⁹².

A CIDH sugere a possibilidade de existência de regimes jurídicos de responsabilidade compartilhada entre a empresa matriz ou grupo empresarial como mecanismo de garantir que seja fixado nexos causal suficiente para a atribuição de responsabilidade, e ainda, superando o véu corporativo utilizado como barreira e fundamento para a utilização do instituto do *forum non conveniens* nos tribunais.

Sobre as legislações aplicáveis que não estiverem expressas no tratado, o art. 11 do referido *Draft* atribui jurisdição ao Estado em que a ação ou omissão produziu efeitos ou a pessoa que cometeu os atos possui domicílio, o que relata a jurisdição extraterritorial também consoante os atributos aduzidos pelo CIDH.

Os conceitos de cooperação, atuação com devida diligência e assistência mútua desenvolvidos nos artigos 12, 6 e 13, respectivamente, apresentam correspondência com o que fora desenvolvido pelo SIDH sobre o assunto, visto que para a Comissão, os Estados devem cooperar e realizar diligências a fim de garantir a efetiva proteção das pessoas afetadas pela violação de seus direitos.

Com relação às cadeias de valor, a proposta do Sistema Interamericano em conferir um regime de responsabilidade compartilhada dos entes observa-se como uma tentativa de identificar a multiplicidade de atividades desenvolvidas por uma empresa e que, por estratégia empresarial, muitas vezes não se encontram relacionadas ao longo das cadeias de valor.

⁵⁹¹ Zerk, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁹² Vide análise realizada sobre o *Second Draft*, p. 78.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os aportes realizados no âmbito do Sistema Interamericano em matéria de jurisdição extraterritorial sobre Direitos Humanos e Empresas demonstram um aprofundamento do *corpus iuris* normativo a fim de garantir uma base protetiva quando relacionada a atividades transnacionais. Neste aspecto, a interpretação dos instrumentos interamericanos como “vivos” e que podem alcançar interpretação evolutiva, forneceu a possibilidade de ampliação do conceito de jurisdição e a mudança para uma noção expandida pautada também na natureza transnacionalizada dos grandes empreendimentos.

Tal entendimento foi firmado com base no caráter nocivo das atividades violadoras em geral do sul global onde se situam países que hospedam subsidiárias ou empresas vinculadas à cadeia de produção de grandes multinacionais. Estes atores buscam locais atrativos (por meio de taxas reduzidas ou legislações flexíveis) para a sua instalação com reduzidos custos e maior potencial de lucro.

Embora possam firmar acordos e tratados bilaterais de natureza privada, as ETNs não possuem personalidade jurídica internacional e tal fundamento é usado como impedimento para que sejam atribuídas responsabilidades sobre as violações causadas. Por esta razão, a responsabilidade indireta dos Estados pelas atividades de atores privados como empresas transnacionais é abordada nos instrumentos normativos como mecanismo para fomentar internamente que as empresas respondam ou sejam reguladas por seus atos.

Tendo em vista o caráter estatocêntrico que é conservado em detrimento da identificação empresarial como sujeito de Direito Internacional, o obstáculo que se torna evidente é a construção normativa que, ao observar o caráter transnacionalizado, desafia o conceito de jurisdição, que em regra é fundamentado nos limites da soberania territorial.

Para isso, a jurisdição extraterritorial como teoria que possibilita a responsabilização de um Estado por atos cometidos fora dele, já apresenta debates pela comunidade internacional como instrumento que pode ser utilizado em uma abordagem mais protetiva de Direitos Humanos, sobretudo em caráter empresarial.

Tal argumento é evidenciado na esfera do Sistema ONU com a construção dos *Drafts* para um instrumento juridicamente vinculante, visto que, apesar de o termo “jurisdição extraterritorial” não estar escrito de forma expressa no texto dos documentos, em diversos momentos o texto do tratado faz menção à possibilidade de que um Estado tenha responsabilidade de diferentes naturezas em razão de condutas que não ocorreram dentro de seu território, bem como considera alguns critérios específicos para a atribuição de jurisdição

além dos territórios quando evidenciada a jurisdição adjudicativa/ judicial, tais como a atribuição da base de jurisdição da personalidade/nacionalidade ativa.

Por meio do Quadro 4 realizado de forma comparativa, é possível verificar os principais pontos consoantes ou dissonantes entre os dois Sistemas:

QUADRO 4. Tabela Comparativa

SISTEMA GLOBAL	SISTEMA INTERAMERICANO
Concepção multijurisdicional sobre atividades transnacionais	
Conceito de jurisdição implícito	Concepção restritiva pautada nos requisitos de controle ou autoridade
Conceito de controle não especificado	Conceito de controle pautado em critérios específicos
Jurisdição adjudicativa baseada nos critérios da nacionalidade passiva/ativa sobre a pessoa e/ou atividade violadora.	
Rejeição ao <i>Fórum non conveniens</i> de forma não proibitiva.	
Sem menção expressa ao nexo de causalidade nas cadeias de valor	Conceito de controle pautado em critérios específicos

Fonte: elaboração própria (2023).

Ambos os Sistemas abordam uma visão multijurisdicional das atividades transnacionais, ou seja, compreendem que as empresas perpassam por diversas jurisdições para o seu funcionamento de forma integral, ainda que apesar disso, apresentem concepções diferentes sobre o conceito de jurisdição.

No Sistema Interamericano, por meio de uma noção expandida do termo “jurisdição” aplicada aos casos de violações “transfronteiriças” – neste estudo utilizadas como sinônimo de “extraterritoriais” –, a jurisdição extraterritorial, ainda que abordada de forma restritiva pelo Sistema, é evidenciada como mecanismo que confere maior proteção em face de violações causadas por entes empresariais consoante Comissão e Corte Interamericanas na, respectivamente, Opinião Consultiva nº 23/17 e no Relatório Empresas e Direitos Humanos: Estândares Interamericanos.

Em uma análise comparativa realizada sobre o uso do instituto, a possibilidade de escolha do foro competente para demandar uma empresa transnacional de forma doméstica é permeada em ambos os Sistemas por meio do critério do domicílio de uma ETN, sob a base da jurisdição da nacionalidade ou personalidade ativa do ente, consoante art. 9 do *Third Draft* e as disposições Interamericanas sobre a matéria. Neste caso, com base nos requisitos para a fixação do local de domicílio de uma empresa, podem ser oferecidas demandas no local de origem das decisões emanadas sobre as atividades.

Em adicional, o Sistema Interamericano apresentou por meio do relatório da

Comissão um posicionamento mais abrangente ao tratar da atribuição jurisdicional quando há influência da atividade empresarial de um Estado na produção de efeitos previsíveis no disfrute de Direitos Humanos em território estrangeiro (territorialidade subjetiva). Elemento que permite a responsabilização do Estado da sede ou matriz da empresa estrangeira pelas atividades cometidas em outro local.

De outro modo, para a atribuição da jurisdição executória ou legislativa, os rascunhos dos tratados assumiram a possibilidade de regular prevista no artigo 6 do *Third Draft*: com base nos critérios de jurisdição, controle ou território. O conceito de controle nesta seção do tratado, portanto, é demonstrado como termo distinto do de jurisdição, embora ambos com a função de fomentar a responsabilidade do Estado em regular atividades de caráter extraterritorial.

O conceito de controle apresenta maior determinação no Sistema Interamericano, o qual o faz por meio de uma interpretação ampliada que permite a atribuição de jurisdição com base na atividade violadora em si, em uma modificação do paradigma anterior entre o antigo critério de averiguação sobre a pessoa ou agente Estatal envolvido. Assim, a especificação de um nexos causal com base na previsibilidade dos danos e no local de ocorrência da ação ou omissão também podem ser utilizados como elementos de complementação a serem incorporados no tratado.

Com efeito, o SIDH apresenta o desenvolvimento de critérios para a atribuição de devida diligência e cooperação que podem ser utilizados tanto para a construção normativa, quanto para em momento posterior, na busca de bases interpretativas durante a análise de cada caso após a ratificação do tratado pelos Estados.

Apesar dos contrapontos analisados, conforme apontado no presente estudo, as cadeias de valor firmadas ao longo das relações e atividades comerciais, são elementos basilares para a formação de um véu corporativo capaz de encobrir atos violadores praticados ou comandados por empresas controladoras ou de origem em razão da natureza de responsabilidade limitada atribuída aos entes societários na esfera do direito empresarial.

Tal regime impede que as empresas formulem um lastro específico de responsabilidade em cadeia e não há descrição nos rascunhos sobre como realizar a perfuração do véu corporativo, a fim de que sejam desmistificados os termos envolvendo a “significativa” ou “substancial” ligação entre as empresas.

Outrossim, o véu corporativo permanece como um obstáculo para o exercício da jurisdição extraterritorial. O estabelecimento do domicílio de uma empresa pressupõe que ela tenha um vínculo (como por exemplo, estabelecimento do vínculo de controle ou de

acionistas, consoante descrito), de difícil prospecção quando analisado o direito societário empresarial que é regulado pela regra da responsabilidade limitada.

Como resposta para este problema, o Sistema Interamericano sugere que exista a responsabilidade compartilhada entre as empresas, ou seja, pela não limitação pautada no direito societário quando a temática abordada for os atos violadores em matéria de Direitos Humanos. Este pode ser um caminho viável que, entretanto, precisaria de maiores delineamentos para que pudesse ser aplicado.

Neste contexto, uma das possibilidades também seria a inserção obrigatória de requisitos de Direitos Humanos quando firmados acordos bilaterais privados regidos pela Convenção ICSID, a fim de que o Estado contratante possa demandar o próprio ente empresarial em razão do descumprimento das cláusulas contratuais.

Consoante o objetivo do SIDH em levantar o véu corporativo por meio da responsabilidade compartilhada empresarial a fim de evitar a evasão de responsabilidade por meio da fusão, incorporação ou outras formas de aquisição de conglomerados empresariais, pode ser conveniente a utilização dos mecanismos de desconsideração da personalidade separada utilizados pela Convenção ICSID. Ao utilizar os critérios relativos à proteção dos investidores ante às atividades empresariais, observa-se o emprego de requisitos mais brandos para a ligação entre uma empresa e seus acionistas, e portanto, maior possibilidade de responsabilização.

Não obstante a busca por formas de atribuição de responsabilidade seja pautada em um tratado ou normas que prevejam a atuação do Estado de forma doméstica, o que se observou na análise do último debate do *Third Draft* foram as sugestões encabeçadas pelos EUA, para a criação de uma convenção-quadro que estabelecesse critérios gerais e deixasse à discricionariedade do Estado a aplicação de normas mais específicas. Este posicionamento, que foi apoiado por representantes empresariais, revela o grau de influência que as organizações de empresas vêm exercendo ao longo dos debates para a construção do tratado a fim de realizar o *lobby* para a fixação de seus interesses.

Tal influência realizada nos painéis de debate dos rascunhos é um retrato do que foi permeado na agenda da ONU sobre Direitos Humanos e Empresas, seja na construção dos Princípios Orientadores que firmou normas voluntaristas e não vinculantes que observaram apenas a obrigação de respeito direcionada as corporações, ou então de forma anterior com o *lobby* para que quaisquer normas envolvendo a atribuição direta de responsabilidades empresariais fosse rechaçada pelos Estados.

Embora os problemas decorrentes da ausência de delimitação normativa sobre a

temática persistam no Sistema Interamericano, tal fator demonstra a ausência de neutralidade na produção normativa e observa influência direta dos interesses empresariais na construção das regulamentações.

Apesar desta movimentação, também se observa no Sistema Interamericano posicionamentos que revelam a existência de obrigações empresariais no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nas recomendações realizadas no “Relatório sobre Empresas e Direitos Humanos: Estândares Interamericanos”, a presença de imperativos direcionados à atuação corporativa é um destes, e o caso *Empregados da Fábrica de Fogos vs. Brasil* de forma mais recente, além de reconhecer a atividade violadora das empresas, atribuiu medidas de reparação diretas.

Dessa forma, observa-se que o Sistema Interamericano tem apresentado caminhos para a concepção de obrigações diretas direcionadas à ETNs e, além disso, os posicionamentos podem demonstrar uma nova via de atribuição de obrigações empresariais, não permanecendo a cargo somente dos Estados o dever de atribuir condutas reparadoras a estes entes por suas atividades violadoras, mas sim como instrumento dos Sistemas Internacionais de Proteção para o alcance do cumprimento dos Direitos Humanos.

Entretanto, o caminho a percorrer também deve buscar soluções para que o levantamento do véu corporativo empresarial esteja presente nas normas, a fim de estabelecer a possibilidade de responsabilização ou atribuição de obrigações (domésticas ou internacionais) capazes de garantir a prevenção ou reparação de direitos ao longo das cadeias de valor.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, David Castillo. Estándares Interamericanos sobre empresas y Derechos Humanos. Obligaciones estatales frente a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. **Iuris Dictio**, n. 29, p. 15-27, 2022.

AHMAD, Hassan. The Jurisdictional Vacuum: Transnational Corporate Human Rights Claims in Common Law Home States. **The American Journal of Comparative Law**. v. 70, n. 227–274, 2022.

ALEPA. Danos Ambientais na Bacia Hidrográfica no Rio Pará. **Comissão Parlamentar de Inquérito**. Disponível em: <https://blogdobordalo.com/wp-content/uploads/2020/02/RELATORIO-FINAL-CPI-BARCARENA-COM-FOTOS.pdf>. Acesso em: 03 set. 2023.

BANDA, Maria L. Inter-American Court of Human Rights' Advisory Opinion on the environment and human rights. **Am. Soc'y Int'l L.: Insights**. 2018.

BERNAZ, Nadia. Enhancing corporate accountability for human rights violations: is extraterritoriality the magic potion?. **Journal of Business Ethics**, v. 117, 493-511, 2013.

BERRÓN, Gonzalo. Poder econômico, democracia e direitos humanos. SUR–Revista Internacional de Derechos Humanos. **Revista Sur**, v. 11, n. 20, 2014, p. 127. Disponível em:

<https://sur.conectas.org/poder-economico-democracia-e-direitos-humanos/>. Acesso em: 03 set. 2023.

BIALEK, Julia. Evaluating the Zero Draft on a UN Treaty on Business and Human Rights: What Does it Regulate and how Likely is its Adoption by States?. **Goettingen J. Int'l L.**, v. 9, p. 515, 2018.

BILCHITZ, David. O Marco Ruggie: uma proposta adequada para as obrigações de direito humanos das empresas. **SUR–Revista Internacional de Derechos Humanos**, v. 7, n. 12, p. 211, 2010.

BIRCHALL, David. Between Apology and Utopia: The Indeterminacies of the Zero Draft Treaty on Business and Human Rights. **Suffolk Transnat'l L. Rev.**, v. 42, 2019.

_____. Corporate power over human rights: An analytical framework. **Business and Human Rights Journal**, v. 6, n. 1, p. 42-66, 2021.

BOTELHO, Marcos Ribeiro; *et al.* Rompimento das barragens de Fundão e da Mina do Córrego do Feijão em Minas Gerais, Brasil: decisões organizacionais não tomadas e lições não aprendidas. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 46, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbso/a/dFcg5LRcYkMgPZ8HyRkFgpQ/?format=html&lang=pt#>. Acesso em: 15 mai. 2023.

BRASIL. **DECRETO Nº 592**, de 6 de julho de 1992.

BRENNAN, Brid; BERRÓN, Gonzalo. Hacia una respuesta sistémica al capital transnacionalizado. América Latina en Movimiento. En: ALAI-TNI. Agencia Latinoamericana de Información –Transnational Institute. **Capital transnacional vs Resistencia de los pueblos**, Quito, ALAI, n.476, 2012.

BURBANO-HERRERA, Clara; HAECK, Yves. Extraterritorial obligations in the inter-American human rights system. *In*: The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations. **Routledge**, p. 110-124, 2021.

_____. Letting States Off The Hook? The Paradox Of The Legal Consequences Following State Non-Compliance With Provisional Measures In The Inter-American And European Human Rights Systems. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, v. 28/3, p. 332–360, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI**, v. 20, p. 20. 2006.

_____. Antônio Augusto. Os Tribunais Internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 37-68, 2010.

CASSEL, Doug. **State jurisdiction over transnational business activity affecting human rights**. Research Handbook on Human Rights and Business. in DEVA, Surya; BIRCHALL, David (Ed.). Research handbook on human rights and business. Edward Elgar Publishing, p. 198-224, 2020.

CERNA, Christina. The Extraterritorial Application of the Human Rights Instruments of the InterAmerican System' in Coomans, F. and Kamminga, M. (eds). Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, **Intersentia**. p.9, 2004. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31600.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2022.

CERQUEIRA, Daniel. La atribución de responsabilidad extraterritorial por actos de particulares en el sistema interamericano: Contribuciones al debate sobre empresas y derechos humanos. **Aportes DPLF**: Revista de la Fundación para el Debido Proceso. n. 20, n. 8, ago, p 18-21, 2015.

_____. O Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. *In* **Direitos Humanos e Empresas Violações socioambientais e mecanismos de denúncia**, p. 129-150, 2021.

CERQUEIRA, Daniel; PAMPLONA, Danielle. Jurisdição extraterritorial: um passo necessário para enfrentar abusos corporativos. Dificuldades em Responsabilizar corporações transnacionais por violações de Direitos Humanos cometidas no exterior. *In*: ROLAND, Manoela; ANDRADE, Pedro. Direitos Humanos e Empresas: responsabilidade e jurisdição. Belo Horizonte, São Paulo: **D'Plácido**, 2021.

CHOUDHURY, Barnali. Spinning straw into gold: incorporating the business and human rights agenda into international investment agreements. **U. Pa. J. Int'l L.**, v. 38, p. 425, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CIDH. **Franklin Guillermo Aisalla Molina (Equador Vs. Colômbia)**. Relatório de admissibilidade N°. 112/10 de 21 de outubro de 2010.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas Sobre Responsabilidade Internacional dos Estados. Tradução: Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba**. Disponível em: <https://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2015/09/Projeto-da-CDI-sobre-Responsabilidade-Internacional-dos-Estados.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. **Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. 2011. Disponível em https://www.fidh.org/IMG/pdf/maastricht-eto-principles-es_web.pdf. Acesso em: 14 abr. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados**. Opinião Consultiva OC18/03 de 17 de setembro de 2003. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.pdf. Acesso em: 14 jan. 2023.

_____. **Caso Acosta e outros Vs. Nicarágua**. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas, de 25 de março de 2017.

_____. **Caso empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de julho de 2020.

_____. **Caso Muelle Flores Vs. Peru**, sentença de 6 de março de 2019.

_____. **Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname**, sentença de mérito, reparações e custas de 25 de novembro de 2015.

_____. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Serie C No. 4. párr. 172.

_____. **Opinião Consultiva 23/17**. 2017.

DE ARAGÃO, Daniel Maurício Cavalcanti. Controvérsias da Política Mundial em Direitos Humanos: o contexto em que se discute o Tratado sobre corporações transnacionais. **Homa Publica-Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas**, v. 1, n. 2, p. 01-11, 2017.

DE SCHUTTER, Olivier. **Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations**. 2006. p.1. Disponível em: <https://media.businesshumanrights.org/media/documents/df31ea6e492084e26ac4c08affcf51389695fead.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2022.

DE SCHUTTER, Olivier; *et al.* **Human Rights Due Diligence: The Role of States**, p. 9, 2012.

DEVA, Surya. **Corporate human rights violations: a case for extraterritorial regulation. Handbook of the philosophical foundations of business ethics**. Dordrecht; New York: Springer, p. 1077-1090, 2013. Disponível em: <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=693102115122094124001004113108015124025033010045057018088111122064104127106065114014024027057111007030003085067090002012121031011048088035048120121004019118126111041015071017073031088076069104120119015117005102127003076098121004019085008114029098065&EXT=pdf>. Acesso em: 08 abr. 2022.

_____. Examples of International Instruments Addressing Obligations and Responsibilities of Private Actors. **Panel III.1 2 nd session of OEIWG on TNCs and other business enterprises with respect to human rights**. 26 de outubro de 2015. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session2/PanelIIISubtheme1/SuryaDeva.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2022.

_____. Scope of the proposed instrument: what human rights to be covered. **United Nations Human Rights Council**, 2015. Disponível: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session1/Panel4/Surya_Deva.pdf . Acesso em: 30 mai. 2023.

_____. Treating human rights lightly: a critique of the consensus rhetoric and the language employed by the Guiding Principles. *In: Human rights obligations of business: beyond the corporate responsibility to respect?*. Cambridge University Press (CUP), 2013, 78-104.

DO AMARAL VIEIRA, Flávia. Colonialismo e governo empresarial no Sul Global. **Homa**

Publica-Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas, v. 2, n. 1, p. 88. 2018.

ESTEY, Wade. The five bases of extraterritorial jurisdiction and the failure of the presumption against extraterritoriality. **Hastings Int'l & Comp. L. Rev.**, v. 21, p. 177, 1997.

FACHIN, Melina Girardi et al. Ponto cego do direito internacional dos direitos humanos: uma superação do paradigma estatocrêntrico e a responsabilidade internacional de empresas violadoras de direitos humanos. **Homa Publica-Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas**, v. 1, n. 1, p. 12, 2016.

FARIA, Mário Parreiras de; BOTELHO, Marcos Ribeiro. O rompimento da barragem de Fundão em Mariana, Minas Gerais, Brasil: a incubação de um acidente organizacional. **Methodology**, v. 1, p. 9, 2018. Disponível em: https://www.forumat.net.br/at/sites/default/files/arq=paginas/farias_e_botelho_2018_o_rompimento_da_barragem_de_fundao_em_mariana_minas_gerais_brasil_a_incubacao_de_um_acidente_organiza_1.pdf . Acesso em: 07 jun. 2023.

GAO, Yuning; *et al.* Making global value chains visible: Transnational corporations versus domestically owned firms. **Transnational Corporations Journal**, p. 1-47, v. 30, n. 1, 2023.

GEALFOW, Amal Azem; SCHELLONGOVA, Ivana Machonova. Draft Legally Binding Instrument on Business and Human Rights—Is UN Stepping Twice into the Same River?. **International and Comparative Law Review**, v. 22, n. 1, p. 153, 2022.

GIBNEY, Mark. The historical development of extraterritorial obligations. In: *The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations*. **Routledge**, 2021.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

HOMA. CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS. Análisis del Segundo Borrador Revisado del instrumento jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas en materia de derechos humanos. Homa Publica - **Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas**, Juiz de Fora, Brasil, v. 5, n. 2, p.3, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/35227>. Acesso em: 29 abr. 2023.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *The Barcelona Traction, Light, and Power Company, Limited Belgium V. Spain*, Judgment, 1962, I.C.J. Report 19, par. 70. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/case/50>. Acesso em: 08 abr. 2022.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. 1977. **Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy**. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/english/employment/multi/download/english.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2022.

UNITED STATES. SUPREME COURT. **Kiobel v. Royal Dutch Petrol. Co.**, 569 US 108, 108. 2013. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/108/>. Acesso em: 15 mai. 2023.

KOGLY; Sigrun Ingvild. Regulatory obligations in a complex world: states' extraterritorial obligations related to business and human rights. *In: Building a treaty on business and human rights*. Cambridge University Press, Cambridge, p. 1-30, 2017, p. 1. Disponível em: https://eprints.lancs.ac.uk/id/eprint/86797/2/Ch_12_Skogly_SD_3_SS_revisions_final.pdf. Acesso em: 09 jun. 2023.

KRAJEWSKI, Markus. Analysis of the Third Draft of the UN Treaty on Business and Human Rights. CIDSE. 2022. Disponível em: <https://www.cidse.org/wp-content/uploads/2021/10/EN-Binding-Treaty-legal-analysis.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2023.

LACAZ, Francisco Antonio de Castro; PORTO, Marcelo Firpo de Sousa; PINHEIRO, Tarcísio Márcio Magalhães. Tragédias brasileiras contemporâneas: o caso do rompimento da barragem de rejeitos de Fundão/Samarco. **Revista brasileira de saúde ocupacional**, v. 42, p. e9, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbso/a/5K38Dp8mVGv6jygHLGzPNGG/?format=html>. Acesso em: 07 jun. 2023.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina. **Fundamentos de metodologia científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. OEIGWG CHAIRMANSHIP SECOND REVISED DRAFT. Legally Binding Instrument To Regulate, In International Human Rights Law. **The Activities Of Transnational Corporations And Other Business Enterprises**. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf. Acesso em: 14 jan. 2023.

LESSA, Rafaela Ribeiro Zauli; REIS, Daniela Muradas. A ONU e a responsabilidade internacional de empresas por transgressão aos Direitos Humanos. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, v. 5, n. 2, p. 261-274, 2017.

LOPEZ, Carlos. **The Third Revised Draft of a Treaty on Business and Human Rights: Modest Steps Forward, But Much of the Same**. 03 Set. 2021. Disponível em: <http://opiniojuris.org/2021/09/03/the-third-revised-draft-of-a-treaty-on-business-and-human-rights-modest-steps-forward-butmuch-of-the-same>. Acesso em: 15 mai. 2023.

MARES, Radu. Regulating transnational corporations at the United Nations – the negotiations of a treaty on business and human rights. **The International Journal of Human Rights**, 26, 9, p. 1522-1546, 2022.

MÁRQUEZ, Daniel Iglesias. Estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos: Nuevas perspectivas para la conducta empresarial responsable en las Américas. **Anuario de Derechos Humanos**, v. 16, n. 2, p. 347-379, 2020.

MCCORQUODALE, Robert; SIMONS, Penelope. Responsibility beyond borders: state responsibility for extraterritorial violations by corporations of international human rights law. **The Modern Law Review**, v. 70, n. 4, p. 598-625, 2007.

MEDINA-ARDILA, Felipe. La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano. *In: ACOSTA-LÓPEZ, Juana Inés; AMAYA-VILLAREAL, Álvaro Francisco. Debate Interamericano*. Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores, v. 1, p. 83-122, 2009.

MILANOVIC, Marko. **Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

MOHAMADIEH, Kinda. Negotiating a business and human rights treaty: Important steps forward yet a long way still to go. **TWN Info Service on UN Sustainable Development**. 2021. Disponível em: <https://www.twn.my/title2/unsd/2021/unsd211101.htm>. Acesso em: 20 mai. 2023.

MONTESINOS PADILLA, Carmen. **Los principios Ruggie y la Agenda 2030: un futuro de recíprocas influencias por explorar**. p.36, 2018. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6542016.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2023

NASCIMENTO, Nádia Socorro Fialho; HAZEU, Marcel Theodoor. Grandes empreendimentos e contradições sociais na Amazônia: a degradação da vida no município de Barcarena, Pará. **Argumentum**, v. 7, n. 2, p. 288-301, 2015.

NAZARÉ, Mailson Lima; DO NASCIMENTO, Paula Mayara Rodrigues; PENHA, Rafael Santos. Grandes projetos em barcarena-pa: impactos socioambientais causados pelas atividades da Hydro Alunorte. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Pará (IHGP)**, (ISSN: 2359-0831 - on line), Belém, v. 05, n. 02, p. 98-117, jul./dez. 2018. Disponível em: https://www.ihgp.net.br/revista/index.php/revista/article/view/130/pdf_114. Acesso em: 20 jun. 2023

NEGRI, Sergio Marcos; VERDE, Romulo. Dever de diligência em direitos humanos e os modelos de responsabilização de empresas transnacionais. *In: ROLAND, Manoela; ANDRADE, Pedro. Direitos Humanos e Empresas: responsabilidade e jurisdição*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

O'BRIEN, Claire Methven. The home state duty to regulate the human rights impacts of TNCs abroad: a rebuttal. **Business and Human Rights Journal**, v. 3, n. 1, p. 47-73, 2018.

O'BRIEN, Claire Methven. Business and human rights and regional systems of human rights protection: applying a governance lens. *In: Research Handbook on Global Governance and Business and Human Rights*. Edward Elgar Publishing, p. 44-74, 2022.

O'BRIEN, Claire Methven; FERGUSON, John; MCVEY, Marisa. National Action Plans on Business and Human Rights: an Experimentalist Governance Analysis. **Human Rights Review**, p. 78, 2021. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s12142-021-00637-x>. Acesso em: 29 mai. 2023.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Novos estudos jurídicos**, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/3635/2178>. Acesso em: 30 jun 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A/HRC/RES/26/9**. Elaboration of an

international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights. 2014.

_____. **Comission on Human Rights. Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights.** U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 AgO. 2003. Disponível em: [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En). Acesso em: 01 nov. 2022.

_____. **Human Rights Council. Human rights and transnational corporations and other business enterprises.** Doc ONU A/HRC/RES/17/4, 06 jul. 2011. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/74/PDF/G1114474.pdf?OpenElement>. Acesso em: 01 nov. 2022.

_____. International Law Comission. **Draft Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.** Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf. Acesso em: 31 dez. 2022.

_____. **Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights.** 2003. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/501576>. Acesso em: 01 nov. 2022.

_____. Oeigwg Chairmanship Second Revised Draft. Legally Binding Instrument To Regulate, In **International Human Rights Law, The Activities Of Transnational Corporations And Other Business Enterprises.** Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf. Acesso em: 12 jun. 2023.

_____. Oeigwg Chairmanship Third Revised Draft. Legally Binding Instrument to Regulate, In **International Human Rights Law, The Activities Of Transnational Corporations And Other Business Enterprises.** 2021 Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/LBI3rdDRAFT.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2023

_____. Orientación para los Planes de Acción Nacionales sobre las Empresas y los Derechos Humanos. **Grupo de Trabajo de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos** 2016.

_____. Protect, Respect and Remedy: **A Framework for Business and Human Rights** , A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008) Disponível em: <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2022.

_____. **Report on the first session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, with the mandate of elaborating an international legally binding instrument.** Disponível em https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/31/50.

Acesso em: 16 mai. 2023.

_____. Special Representative to the Secretary-General on Business and Human Rights. **Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights**, UN Doc A/HRC/8/5 p. 56, 2008. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/128/61/PDF/G0812861.pdf?OpenElement>. Acesso em: 22 maio 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **AG/RES. 2887**, 2016, p. 23. Disponível em: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2887_XLVI-O-16.pdf. Acesso em: 15 jul. 2023.

_____. CIDH 144. Período de Sesiones. **Situación de derechos humanos de las personas afectadas por las industrias extractivas en las Américas**. 28 mar. 2012.

_____. CIDH. **Informe 38/99 sobre a petição de Víctor Saldaño vs. Argentina**, decisão de inadmissibilidade de 11 de mar. de 1999. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/98span/inadmisibilidad/Argentina.Salda%C3%B1o.htm>. Acesso em: 20 jun. 2023.

_____. CIDH. **Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile.**, 8 de maio de 1985. Disponível em: <http://www.cidh.org/countryrep/Chile85sp>. Acesso em: 20 jun. 2023.

_____. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969.

_____. **Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos**. REDESCA (org.).2019. Washington: CIDH/OEA. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/Informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

_____. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador"**. 1998. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/basicos/sansalvador.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2023.

_____. **Situação dos Direitos Humanos das pessoas afetadas pelas indústrias extrativas nas Américas**. 2012.

PADILLA, Carmen Montesinos. Entre lo deseable y lo factible: hacia un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos. **Homa Publica-Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas**, v. 3, n. 2, p. 25, 2019.

PEÑA GUTIÉRREZ, Dorleta. Responsabilidad Social Corporativa. *In*: OMAL, **Observatorio de Multinacionales en la America Latina**. 2012. Disponível em: https://omal.info/spip.php?page=article_diccionario&id_article=4816. Acesso em: 06 jan. 2022.

PEREIRA, Celso de Tarso. O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRDI-ICSID). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano, v. 35, p. 87-93, 1998.

PEREIRA, Simone de Fátima Pinheiro. Desastres Sócio-Étnico-Técnico-Ambientais em Barcarena. *In: Dossiê Desastres e Crimes da Mineração em Barcarena, Mariana e Brumadinho*. Edna Ramos de Castro, Eunápio Dutra do Carmo. Belém: NAEA: UFPA, 2019. P.89. Disponível em: https://livroaberto.ufpa.br/jspui/bitstream/prefix/1190/1/Livro_DossieDesastresCrimes.pdf. Acesso em: 05 jul. 2023.

PINTO, Walter. “**Barcarena sob risco permanente**”. **Laquanam busca soluções para minimizar danos às comunidades**. Beira do Rio. 2018. Disponível em: <https://beiradorio.ufpa.br/index.php/component/content/article?id=233>. Acesso em: 05 nov. 2020.

PORTILHA, Molina. Sistema interamericano, empresas transnacionales mineras y estados de origen: improcedencia de la excepción de falta de jurisdicción entre estados miembros. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, p. 57-92, 2016.

PRIBYTKOVA, Elena. c. Extraterritorial obligations in the United Nations system: UN treaty bodies 95 *In: The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations*. Routledge, p. 95-109, 2021.

RAMOS, André de Carvalho; ROLAND, Manoela Carneiro. Da jurisdição de necessidade ao tratado vinculante: a saga do acesso transnacional à justiça das vítimas de atividades de empresas transnacionais. *Revista de Direito Internacional*, v. 19, n. 2, p. 65, 2022.

RIBEIRO, Cristina Figueiredo Terezo et al. Iniciativas do Estado Brasileiro de responsabilização de empresas frente a violações de Direitos Humanos: uma análise para além do Decreto n 9571/2018. **Planos nacionais de ação e políticas públicas na América Latina sobre Direitos Humanos e empresas**. *In: Aimée Gabriella Teixeira Martins et al. Planos nacionais de ação e políticas públicas na América Latina sobre Direitos Humanos e empresas*. Goiânia: Cegraf UFG, 2020. Disponível em: <http://www.consorciodh.ufpa.br/livros/PlanosNacionaisdeAcao%20pol%C3%ADticasPublicasnaAmericaLatina.pdf#page=94>. Acesso em: 29 mai. 2023

RIEGNER, Michael. Regionalizing Business and Human Rights: Corporate Accountability in the European, African and Inter-American Human Rights Systems. *Die Friedens-Warte/Journal of International Peace and Organization*, v. 93, n. 1-2, p. 26, 2020.

RIVERA, Humberto Cantú. Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo? *Anuario mexicano de derecho internacional*, v. 13, p. 313-354, 2013.

_____. **Extraterritorial obligations of States in the business and human rights context: navigating a new era of business and human rights**. p. 731, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Joana-22-Cassinerio/publication/339041642_/Navigating-a-New-Era-of-Business-and-Human-Rights.pdf#page=219. Acesso em: 08 abr. 2022.

ROLAND, Manoela C., FARIA JR., Luiz Carlos S., JÚLIO, Kaliandra Casatti, CASTRO, João Luis Lobo Monteiro de. **Planos Nacionais de Ação sobre Empresas e Direitos**

Humanos na América Latina: Análises sobre Colômbia, México e Chile. *In: Cadernos de Pesquisa Homa*, vol. 1, n. 4, 2018.

ROLAND, Manoela C., SOARES, Andressa O., BREGA, Gabriel R., OLIVEIRA, Lucas de S., CARVALHO, Maria Fernanda C. G., ROCHA, Renata P. Cadeias de Valor e os impactos na responsabilização das empresas por violações de Direitos Humanos. *In: Cadernos de Pesquisa Homa*. v. 1, n. 5, 2018.

ROLAND, Manoela Carneiro et al. Análise do Draft One: avanço ou retrocesso. **Cadernos de Pesquisa Homa**, v. 2, n. 8, p. 1-34, 2019.

ROLAND, Manoela Carneiro et al. Analysis of the Second Revised Draft of the Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights. **Homa Publica**, v. 5, p. 1, 2021.

ROLAND, Manoela Carneiro et al. Desafios e perspectivas para a construção de um instrumento jurídico vinculante em Direitos Humanos e empresas. **Revista Direito GV**, v. 14, p. 393-417, 2018.

ROLAND, Manoela Carneiro. Um retrato do padrão de violação de Direitos Humanos por transnacionais no Brasil. **Revista ética e filosofia política**, v. 1, n. 16, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/eticaefilosofia/article/view/17700>. Acesso em: 08 jan. 2023.

ROLAND, Manoela Carneiro; ANGELUCCI, Paola Durso. **O Processo de Elaboração do Tratado de Direitos Humanos e Empresas: uma oportunidade de superação da perspectiva estadocêntrica adotada pelo direito internacional público**. p. 406. 2016. Disponível: [http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2017/03/O-PROCESSO-DE-ELABORA% C3, v. 87, p. C3](http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2017/03/O-PROCESSO-DE-ELABORA%20C3,v.87,p.C3). Acesso em: 15 abr. 2022.

RUGGIE, J. G. ¿Jerarquía o ecosistema? La regulación de los riesgos relativos a los derechos humanos provenientes de las empresas multinacionales. *In: GARAVITO, C. R. (Org.). Empresas y derechos humanos en el siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, p. 75-97 2018.

SANTOS, Mariana Lucena Sousa; RIBEIRO, Cristina Figueiredo Terezo. Reflexões teóricas acerca da caracterização da responsabilidade internacional de empresas transnacionais por violações de Direitos Humanos. **Revista de Direitos Humanos em Perspectiva**, v. 2, n. 2, p. 162-174, 2016.

SHAW, Malcolm. **Direito internacional**. São Paulo: Martins Fontes, p. 471, 2010.

SKOGLY, Sigrun. Global human rights obligations. *In: The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations*. Routledge, p. 25 -39, 2021.

SOARES, Andressa; ROLAND, Manoela Carneiro Da jurisdição de necessidade ao tratado vinculante: a saga do acesso transnacional à justiça das vítimas de atividades de empresas transnacionais. **Revista de Direito Internacional**, v. 19, n. 2, 2022.

SUPREME COURT OF CANADA. **Nevsun Res. Ltd. v. Araya**, 2020 SCC 5 (Canadá).

Disponível em: <https://scc-csc.ca/case-dossier/cb/2020/37919-eng.aspx>. Acesso em: 08 abr. 2022.

TEDH. **Caso Loizidou Vs. Turquia** (Excepciones Preliminares), No. 15318/89. Sentencia de 23 de março de 1995.

TEREZO, Cristina Figueiredo. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Curitiba: Appris, 374, 2014.

TRIBUNAL DE APELAÇÕES DOS ESTADOS UNIDOS DO TERCEIRO CIRCUITO. Caso nº 18-2042, **Máxima Acuña-Atalaya e outros v. Newmont Mining Corporation e outros**, 20 mar. 2019.

UNCTAD. **World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies**. 2012. Disponível em: <https://unctad.org/en/PublicationChapters/.pdf>. Acesso em: 08. abr. 2022.

VASTARDIS, Anil Yilmaz; CHAMBERS, Rachel. Overcoming the corporate veil challenge: could investment law inspire the proposed business and human rights treaty?. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 67, n. 2, p. 396, 2018.

VIEIRA, Flavia do Amaral. **Direito Internacional Em Movimento: Mecanismos de Responsabilização de Empresas Transnacionais por Violações de Direitos Humanos. Tese de Doutorado**. Universidade Federal do Pará. 2021.

VON HOHENDORFF, Jean. Como escrever um artigo de revisão de literatura. *In*: KOLLER, Sílvia H.; COUTO, Maria Clara P. de Paula; VON HOHENDORFF, Jean (Orgs.). **Manual de Produção Científica**. Porto Alegre: Penso, p.40, 2014.

WAAGSTEIN, Patricia Rinwigati. Justifying Extraterritorial Regulations of Home Country on Business and Human Rights. *Indonesian J. Int'l L.*, v. 16, p. 361- 390, 2018.

WID. **World Inequality Report**. Disponível em: <https://wir2022.wid.world/chapter-1/>. Acesso em: 01 nov. 2022.

ZERK, Jennifer. **Extraterritorial jurisdiction: lessons for the business and human rights sphere from six regulatory areas**. Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No. 59. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2010. p. 13 Disponível em: https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/programs/cri/files/workingpaper_59_zerk.pdf. Acesso em: 08 abr. 2022.

ZUBIZARRETA, Juan Hernández; RAMIRO, Pedro. Against the “Lex Mercatoria”: proposals and alternatives for controlling transnational corporations, Madrid, **OMAL**, p. 7-105, 2016. Disponível em: https://omal.info/IMG/pdf/against_lex_mercatoria.pdf. Acesso em 20 ago. 2022.