

ISSN 2526-0774 | Seção Cadernos de Pesquisa Homa

HomaPublica

REVISTA INTERNACIONAL DE
**DERECHOS HUMANOS
Y EMPRESAS** 

Vol. V | Nº. 01 | Jun 2021

Recebido: 09.03.2021 | Aceito: 10.03.2021 | Publicado: 30.03.2021

POSICIONAMENTO DOS ESTADOS NA 6ª SESSÃO DE NEGOCIAÇÃO DO INSTRUMENTO JURIDICAMENTE VINCULANTE SOBRE EMPRESAS TRANSNACIONAIS E OUTRAS EMPRESAS COM RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS

STATEMENT OF STATES AT THE 6TH NEGOTIATION SESSION OF THE
LEGALLY BINDING INSTRUMENT ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND
OTHER BUSINESS ENTERPRISES WITH RESPECT TO HUMAN RIGHTS

POSICIONAMIENTO DE LOS ESTADOS EN LA 6ª SESIÓN DE NEGOCIACIÓN
DEL INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE SOBRE EMPRESAS
TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS EN MATERIA DE DERECHOS
HUMANOS

Manoela Carneiro Roland

Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | ORCID-ID

Andressa Oliveira Soares

Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | ORCID-ID

Aline Laís Lara Sena

Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | ORCID-ID

João Pedro Brito Perillo

Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | ORCID-ID

Luca Cezário Tostes Tito

Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | ORCID-ID

Renata Paschoalim Rocha

Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | ORCID-ID

Sofia Miranda de Oliveira

Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | ORCID-ID

Resumo

O presente trabalho dedica-se a analisar o posicionamento dos Estados participantes da 6ª sessão de negociação do instrumento juridicamente vinculante sobre empresas transnacionais e outras empresas com respeito aos direitos humanos. Através da análise dos documentos oficiais da sessão, dos statements divulgados pelos países e do relatório elaborado internamente pelo Homa no acompanhamento das negociações, foram selecionados os posicionamentos mais relevantes em pontos-chave de discussão e caros à efetividade do tratado, a saber, primazia dos direitos humanos, escopo, obrigações diretas para as empresas, responsabilização legal e due diligence, mecanismos de extraterritorialidade, forum non conveniens e forum necessitatis, e assistência legal mútua. Por meio da pesquisa aqui realizada, é possível compreender melhor o cenário atual da negociação do instrumento e traçar panoramas no futuro próximo.

Palavras-chave

Tratado internacional sobre empresas e direitos humanos. Conselho de Direitos Humanos. 6ª sessão de negociação. Posição dos Estados.

Abstract

The present work aims at analyzing the position of the States participating in the 6th negotiation session of the legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights. Through the analysis of the official documents of the session, the statements released by the countries and the report prepared internally by Homa during the negotiations, the most relevant positions on key points of discussion were selected, especially regarding to the effectiveness of the treaty, namely, primacy of the human rights, scope, direct obligations to business, legal liability and due diligence, extraterritoriality mechanisms, forum non conveniens and forum necessitatis, and mutual legal assistance. As a result of the research conducted here, it is possible to better understand the current scenario of the negotiation and to draw panoramas in the near future.

Keywords

International treaty on business and human rights. Human Rights Council. 6th negotiation session. States' position.

Resumen

El presente trabajo está dedicado a analizar la posición de los Estados participantes en la 6ª sesión de negociación del instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas en materia de derechos humanos. A través del análisis de los documentos oficiales de la sesión, los statements difundidos por los países y el informe elaborado internamente por Homa en el seguimiento de las negociaciones, fueron seleccionadas las posiciones más relevantes en puntos clave de discusión y apreciados por la efectividad de las negociaciones del tratado, a saber, primacía de los derechos humanos, alcance, obligaciones directas para las empresas, responsabilidad jurídica y due diligence, mecanismos de extraterritorialidad, forum non conveniens y forum necessitatis, y asistencia legal mutua. A través de la investigación que se realiza aquí, es posible comprender mejor el escenario actual de la negociación del instrumento y trazar panoramas en un futuro próximo.

Palabras clave

Tratado internacional sobre empresas y derechos humanos. Consejo de Derechos Humanos. 6ª sesión de negociación. Posición de los Estados.

1. INTRODUÇÃO

Em 2020, as negociações do Tratado Internacional em Direitos Humanos e Empresas no *Human Rights Council* chegaram à 6ª Sessão¹, que ocorreu entre os dias 26 a 30 de outubro de 2020, em meio a pandemia do coronavírus. Desta vez, o foco foi o *Second Revised Draft*², publicado pelo Equador enquanto presidente do Grupo de Trabalho³. A nova proposta incorporou algumas discussões e demandas da 5ª Sessão⁴, mas ainda é incapaz de veicular as demandas mais urgentes dos atingidos e atingidas, além de apresentar incoerências com os objetivos do Tratado.

Houve várias mudanças decorrentes das restrições impostas pela crise mundial de saúde: cada delegação pôde enviar apenas um representante para comparecer ao evento no Palácio das Nações, e diversas participações ocorreram de forma remota, com vídeos pré-gravados ou com intervenções ao vivo. Os entes da sociedade civil puderam acompanhar, mas os *side events* foram limitados a apenas meios digitais. Além disso, os especialistas não puderam estar presentes, e foi notório como o vazio

1 A página oficial da 6ª Sessão:

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session6/Pages/Session6.aspx>

2 Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf

3 O open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights no Human Rights Council foi criado pela Resolução 26/09.

4 Os statements proferidos na 5ª Sessão podem ser encontrados no link:

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session5/Annex_CompilationStatements_5th_session.pdf

da Sala XX se tornou determinante para o direcionamento de discursos mais rápidos e diretos, bem como a falta de debates não-moderados.

Outra mudança é que os Estados poderão submeter até fevereiro de 2021, por formulário próprio, pedidos de esclarecimento e sugestões textuais para o *Third Draft*.

Primeiramente, o *Chairperson* fez breves considerações a respeito das mudanças trazidas pelo novo *Draft*, depois, passou a palavra para os pronunciamentos dos Estados e, por fim, à sociedade civil.

A 6ª sessão contou com vinte e sete Estados interventores⁵; da Palestina e da Santa Sé como observadores e da União Europeia como organismo internacional. Contudo, a participação diminuiu significativamente ao longo da semana e, se comparada com a sessão anterior, outros sete países⁶ que estavam envolvidos nas discussões não se pronunciaram, apenas a Santa Sé que não havia se manifestado anteriormente e, nesta sessão, tornou-se ativa. Tal efeito pode ser atribuído ao coronavírus, mas é preciso se atentar a um possível esvaziamento do processo.

Em um cenário diverso das sessões anteriores, observar os atores que se dedicaram ativamente ao tema é essencial, pois são eles que determinarão as perspectivas das sessões seguintes, principalmente para as consultas já marcadas para maio e junho de 2021 e para a Sétima Sessão, prevista para outubro.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é explicitar os argumentos usados pelos Estado e analisar a sua contribuição para o desenvolvimento do Tratado. Cabe ressaltar que não serão abordados os artigos em si, uma vez que a Campanha Global já publicou a sua própria análise destrinchando o sentido e os efeitos das disposições.

Até a data de fechamento desta edição, nem todos os *statements* haviam sido publicados na página oficial do *Human Rights Council*, por isso, também foi usado como fonte relatório interno feito pelo Homa durante a sessão.

2. ELEMENTOS CENTRAIS E INTERVENÇÕES

2.1 PRIMAZIA DOS DIREITOS HUMANOS

A primazia dos Direitos Humanos é um dos pilares que deveria constar na fundamentação de um Tratado sobre Direitos Humanos e Empresas. Isto porque implica na superioridade hierárquica das normas de direitos humanos sobre tratados comerciais e de investimento, além de constituir um mecanismo que coloca na pauta dos Estados o desenvolvimento de obrigações que devem ser assumidas por seus governos, a fim de elaborar todo um sistema de proteção e reafirmação de direitos e liberdades fundamentais dos povos frente às corporações transnacionais.

Tal tópico constitui o segundo entre os sete principais pontos apresentados pela Campanha Global⁷, que devem estar necessariamente contidos no Tratado para garantir sua efetividade.

5 Foram nove asiáticos (Armênia, Afeganistão, China, Índia, Paquistão, Filipinas, Federação Russa, Indonésia, Irã), oito latino americanos (Brasil, Argentina, Chile, Equador, México, Panamá, Cuba e Venezuela), oito africanos (Burkina Faso, Egito, Etiópia, Moçambique, Namíbia, Senegal, África do Sul), e três europeus (França, Suíça e Reino Unido).

6 Argélia, Angola, Colômbia, Honduras, Peru, Espanha e Arabia Saudita

7 Global Campaign. Pontos-chave da Campanha Global em relação ao Tratado da ONU. Disponível em: <https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2019/05/Pontos-chave-para-a-Campanha-Global-sobre-o-tratado-vinculativo.pdf> Acesso: 09 feb 2021

Contudo, apesar de constituir o cerne do documento, necessitando assim de uma clara apresentação, a temática mal é tocada.

Ressalta-se que a Campanha propõe a criação de um artigo específico “*Primacy of Human Rights*”⁸, no qual visa estabelecer obrigações gerais aos Estados-parte, bem como às empresas transnacionais, garantindo que todas as atividades perpetradas por ambos levem em consideração o respeito e a proteção aos Direitos Humanos.

Contudo, à exceção do Estado da Palestina, que, nota-se, é membro observador, nenhum país enfatiza a ausência da clara menção à primazia aos Direitos Humanos no texto do *Draft*. Os comentários referentes à temática de proteção dos referidos direitos enquanto um dos pilares do Tratado, quando muito, fazem menção aos Princípios Orientadores, cujas disposições implicam no trinômio *Protect, Respect and Remedy* que acarreta, pois, num certo viés protetivo. Porém, estes Princípios consistem em normas abertas, dotadas de um texto muito genérico, visto que constituem apenas parâmetros de orientação, que não são suficientes para dar efetividade ao LBI⁹, em oposição ao que se almeja com a adoção expressa da Primazia dos Direitos Humanos.

2.2 ESCOPO

O escopo do Tratado também constitui um dos elementos centrais de disputa na negociação. Nesse sentido, a fim de garantir a efetividade do documento, é fulcral limitar o poder e acabar com a impunidade que atualmente favorece as ETN’s, de sorte a lograr uma proteção mais efetiva aos Direitos Humanos.

Dessa forma, tem-se o escopo como um ponto chave do Tratado¹⁰, havendo um grande debate sobre sua redação, na medida em que, para as empresas, estender a aplicação para todos os tipos de negócios leva a uma inaplicabilidade prática do Tratado, favorecendo, assim, seus interesses monetários, visto que haveria pouca fiscalização. Por outro lado, a limitação na incidência de proteção dos Direitos Humanos prejudica apenas os grupos vulneráveis à atuação empresarial, caindo novamente em um contexto de inefetividade prática.

O art. 3º do *Draft 2*, então, trouxe um texto compatível, em sua maioria, com os interesses empresariais, o que diminui a eficácia do Tratado, adotando conceitos amplos e disposições que deixam grande abertura para os Estados atuarem. Assim, a Campanha Global propõe que o artigo em questão, para se tornar mais sólido, conste em seu texto que seja feita a delimitação do alcance do escopo nas empresas transnacionais ou que realizam atividades de caráter transnacional, sob risco de tornar o documento inócuo¹¹. Além disso, sugere acrescentar todos os direitos humanos reconhecidos em tratados internacionais, fazendo referência a lista do preâmbulo que deve ser ampliada.

8 Global Campaign. UN Binding Treaty: Written Contribution Of the Global Campaign, February, 2019, p. 12. Disponível em: <https://www.stopcorporateimpunity.org/un-binding-treaty-written-contribution-of-the-global-campaign-march-2019/> Acesso: 10 Feb. 2021.

9 Legally Binding Instrument.

10 Global Campaign. Pontos-chave da Campanha Global em relação ao Tratado da ONU. Disponível em: <https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2019/05/Pontos-chave-para-a-Campanha-Global-sobre-o-tratado-vinculativo.pdf> Acesso: 10 Feb 2021

11 Global Campaign. Pontos-chave da Campanha Global em relação ao Tratado da ONU. Disponível em: <https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2019/05/Pontos-chave-para-a-Campanha-Global-sobre-o-tratado-vinculativo.pdf> Acesso: 09 Feb 2021

Observemos o posicionamento de alguns países sobre a temática, conforme os *statements* por eles proferidos na 6ª Sessão¹²:

2.2.1 BRASIL

A delegação brasileira coloca seu posicionamento de maneira favorável à manutenção do conceito ampliado, que, como dito, corrobora para a retirada da eficácia do documento. Não obstante, contrariamente ao posicionamento da Campanha, que sugere que o Tratado implemente todos os Direitos Humanos reconhecidos internacionalmente, o Brasil opina pela aplicação apenas dos direitos constantes em tratados ratificados pelos próprios países.

2.2.2 CHINA

A delegação chinesa, por sua vez, apresenta descontentamento com a amplitude da definição do escopo, relativamente a todas as atividades comerciais, bem como não concorda com as colocações referentes aos Direitos Humanos e liberdades fundamentais de reconhecimento através de direito consuetudinário internacional, mediante argumentação de que tais estâdares não se sustentam em todos os países do globo. A delegação ainda critica que muitos dos Direitos Humanos resguardados pelo Tratado já seriam protegidos por leis nacionais dos países, de forma que não seria necessário o dispêndio de recursos para garanti-los, mas apenas prezar por um texto que seja complementar às legislações internas.

2.2.3 EGITO

O Egito afirma que o escopo do Tratado deve se manter focado nas ETN's, conforme os objetivos da Resolução 26/9. Ademais, é importante a consideração sobre as cadeias de valor e a responsabilização no tocante aos abusos ocorridos ao longo destas. Ressalta, ainda, a importância da centralidade das vítimas no processo, pois um dos objetivos do Tratado é lhes garantir proteção e acesso aos remédios necessários. Assim, a delegação egípcia salienta a necessidade de acesso igualitário à justiça e a atenção à não discriminação e, não obstante, apoia a inclusão da proteção e da reparação ambiental.

2.2.4 NAMÍBIA

O país acredita que a redação do artigo no tocante a *transnational corporations and other business enterprises* se aproxima dos objetivos da Resolução 26/9. Ressalta, porém, que ao longo do texto, as ETN's devem de fato ser as empresas sob foco, e não a aplicação genérica do LBI a qualquer empresa, visto que o que se busca é um direcionamento legal, na tentativa de proteger os Direitos Humanos das violações perpetradas por grandes corporações, bem como proporcionar mecanismos de remediação para as vítimas. Nesta seara, a Namíbia ainda apontou que a adoção dos Princípios Orientadores de Direitos Humanos e Empresas dá aos Estados um grau de flexibilidade para a implementação de obrigações que levam a um maior favorecimento das empresas e, conseqüentemente, geram maiores impactos no contexto de proteção dos Direitos Humanos.

¹² Os statements da 6ª sessão podem ser acessados por meio do link: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session6/Pages/Session6.aspx>

2.2.5 ETIÓPIA

Para a Etiópia, o escopo do Tratado deve se ater ao que dispõe a Resolução 26/9, restringindo-se à observância das ETNs. O país ainda aponta que o texto do artigo se encontra vago e pouco claro, sendo necessário estabelecer melhor as disposições feitas, para não gerar incertezas na aplicação.

2.2.6 UNIÃO EUROPEIA

A participação do bloco europeu se fez de maneira breve e pouco incisiva. Houve apenas a solicitação de esclarecimentos no tocante à nova terminologia empregada no escopo, sem a adoção de posicionamentos sobre as alterações feitas ou ainda sugestões de uma nova redação.

2.2.7 MÉXICO

O México também se coloca favorável à terminologia de *all business enterprises*, que implica na ampliação do escopo do Tratado para uma incidência sob todas as empresas, não só as transnacionais, como inclusive se segue no texto. Não obstante, o país opina pela eliminação ou, pelo menos, pela reformulação do §3º do artigo 3º (*Scope*), que trata dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos considerados no Tratado, visto que existem diferenças entre os Estados, no sentido de que nem todos ratificam os mesmos tratados, o que poderia gerar incertezas sobre as obrigações exigíveis pelas vítimas.

2.2.8 PANAMÁ

O Panamá apresenta sua posição com fins a trazer uma redação mais clara ao Tratado, pois é necessário que se diferencie quais são as disposições relativas a toda e qualquer empresa e aquelas especificamente direcionadas às ETNs. Não obstante, o país vê a redação do §3º como limitativa, no sentido de que quando se estabelece a incidência de convenções das quais os Estados são parte, este critério pode dificultar o acesso à justiça para as vítimas.

2.2.9 CUBA

A delegação cubana se posiciona no sentido de que o Tratado, enquanto documento que busca limitar o poder de atuação das empresas, deve se conter ao disposto pela Resolução 26/9, ou seja, seu escopo deve se referir às ETNs. As outras empresas e as violações por elas cometidas devem, ou deveriam, estar à cargo da regulação interna dos países e não de um instrumento internacional, a menos que a menção a estas fosse feita de forma geral e voluntária ao longo do texto. Dessa forma, tem-se que o Tratado poderia ser considerado como um elemento base a fim de inspirar legislações internas na regulação das empresas dentro das fronteiras nacionais dos países, sem prejudicar, ainda, a efetividade vinculante do instrumento, comprometendo seu objetivo.

2.2.10 PALESTINA

O Estado da Palestina, de forma contrária ao posicionamento adotado por grande parte das outras nações, coloca que o escopo do Tratado deve focar na atuação das ETNs e, além disso, também reforça o direito de autodeterminação dos povos, bem como a aplicação, além das

disposições já constantes §3º do artigo 3º (*Scope*), das normas de direito internacional humanitário e criminal.

2.2.11 RÚSSIA

A Federação não concorda com a existência de um artigo que limite o escopo do Tratado, mediante o argumento de que este seria muito geral e estaria contrário ao disposto na Resolução 26/9, devendo, assim, redigir o texto de forma que se restrinja a proteção dos Direitos Humanos no âmbito das ETNs. Ainda argumenta de forma contrária à expansão das obrigações do Estado e à responsabilização das pessoas físicas ou jurídicas pelas violações de Direitos Humanos. Coloca também que a redação do artigo, que traz um rol exemplificativo de acordos internacionais a serem considerados para a proteção dos Direitos Humanos, pode apenas atuar como uma complicação para as empresas - que ficam sem entender os parâmetros que devem ser cumpridos. Nesse sentido, em caso de atuarem conforme as legislações nacionais, as empresas poderiam ficar sujeitas a reclamações, trazendo um ônus que não poderia ser suportado por todas elas. A Federação Russa questiona, pois, a efetividade do Tratado, colocando que seria mais interessante a assunção de obrigações para a proteção de Direitos Humanos através de outros mecanismos multilaterais, ficando estes a cargo dos Estados - como muitos, inclusive, já o fizeram.

2.3 OBRIGAÇÕES DIRETAS PARA AS EMPRESAS

Não há efetiva proteção aos Direitos Humanos e responsabilização dos entes violadores sem o estabelecimento de obrigações diretas, com imposição de sanções claras e objetivas a fim de coibir os mecanismos que permitem a impunidade das transnacionais. Nesse sentido, o mandato da Resolução 26/9 prevê a necessidade de que essas obrigações sejam elencadas de maneira contundente e em seções distintas para Estados e empresas, levando em consideração a captura corporativa de Estados que possuem certa dependência econômica das atividades desempenhadas pelas ETNs.

Ao manter as obrigações apenas para os Estados, cabendo a cada um deles estabelecer obrigações para as empresas, o *Draft 2*, mediante redação do artigo 3.2, ignora a dependência econômica que algumas nações possuem das atividades empresariais. Dessa forma, corrobora para a falta de fiscalização dessas frente ao receio de perder o investimento empresarial em seu território, tornando muitos desses Estados vulneráveis e suscetíveis à perpetuação de violações de Direitos Humanos. A falta dessa previsão limita a eficácia do documento e reproduz a lógica dos *Guiding Principles*, pela qual os Estados violariam tais direitos, destinando-se a eles obrigações, e as empresas promoveriam impactos ou abusos, cabendo a elas somente princípios a serem seguidos no decorrer de sua atuação.

Além disso, mesmo as obrigações direcionadas aos Estados possuem como característica a vagueza e a imprecisão de suas disposições, sem a previsão de políticas públicas que efetivem seu cumprimento, fazendo com que o caráter voluntarista se mantenha, juntamente com a lacuna, em âmbito internacional, de um marco normativo efetivo de responsabilização de empresas por violações de Direitos Humanos.

Nessa acepção, a Campanha Global se posiciona favorável à criação de obrigações diretas às ETNs¹³, visando o respeito dos agentes privados aos princípios e parâmetros de Direitos Humanos impostos pela Organização das Nações Unidas e a primazia das garantias do indivíduo, com identificação da dimensão de seus direitos e sua ampla defesa, seja na prevenção, na mitigação ou na reparação de violações causadas pelas corporações. Vejamos o posicionamento dos países que se manifestaram acerca do tema:

2.3.1 ARGENTINA

A delegação argentina demonstra concordância com a afirmação de que as empresas têm a responsabilidade de respeitar os Direitos Humanos, não causando danos e enfrentando impactos negativos. Apesar disso, ainda completa que essa responsabilidade independe do porte ou do setor da empresa, o que corresponde com provável assentimento em relação ao escopo do Tratado. Ressalta que as violações a esses direitos impactam desproporcionalmente os distintos grupos sociais, devendo o Estado dar especial atenção aos grupos minoritários e mais vulneráveis.

2.3.2 ARMÊNIA

O país entende que nenhuma violação de Direitos Humanos por parte das empresas pode ocorrer sem apoio tácito do Estado, ou, no mínimo, sem sua omissão em relação ao modo como as atividades empresariais estão sendo exercidas em seu território, devendo haver obrigações para ambos os agentes. Atenta pela necessidade de examinar as relações de cumplicidade entre os governos e as empresas transnacionais.

2.3.3 BRASIL

A delegação brasileira aponta a generalidade e a falta de clareza do instrumento no que tange às obrigações diretas, indagando se o projeto de *legal liability* vincularia obrigações às empresas ou somente aos Estados. Critica também o excessivo direcionamento dessas obrigações aos Estados, o que poderia dificultar a implementação do documento.

2.3.4 BURKINA FASO

A nação pontua a necessidade de o projeto se ater à responsabilização das transnacionais em se tratando de violação aos Direitos Humanos em detrimento do excesso de obrigações voltadas aos Estados, embora reconheça que seja deles o dever primário de respeitar, proteger e defender os direitos de seus povos.

2.3.5 CHINA

Posicionando-se de forma conservadora em relação à responsabilização das empresas, a China defende a não criação de encargos “desnecessários” aos entes privados, a fim de proteger seu direito ao desenvolvimento, bem como seus interesses legítimos. Não obstante, defende a flexibilidade e o respeito às leis internas de cada país para proteger seus atingidos por violações de

13 Global Campaign. Pontos-chave da Campanha Global em relação ao Tratado da ONU. Disponível em: <https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2019/05/Pontos-chave-para-a-Campanha-Global-sobre-o-tratado-vinculativo.pdf> Acesso: 09 fev 2021

Direitos Humanos em detrimento da imposição de novas obrigações aos Estados em âmbito internacional. Esse entendimento se confronta com o posicionamento da Campanha Global ao não levar em consideração a captura corporativa marcada pela dificuldade em superar o *lobby* empresarial e os marcos regulatórios ineficientes na temática de Direitos Humanos de cada país.

Até mesmo no que tange à prevenção, a China defende a imprecisão quanto aos processos e mecanismos que assegurem a devida reparação dos indivíduos, mediante dispositivo com redação geral que apenas reafirme a obrigação dos Estados de garantir a devida reparação.

Ademais, argumenta que, da mesma forma em que há a previsão de que os Estados devem proteger as organizações de Direitos Humanos, deveria haver também a previsão de obrigações às organizações, incluindo, exemplificadamente, respeito à lei, à transparência, etc.

2.3.6 CUBA

O país demonstra concordância com a responsabilização das empresas através de um instrumento normativo vinculante com obrigações diretas. Aponta a impunidade empresarial que acomete os países e a falta de um arcabouço jurídico internacional que corrobora tal impunidade.

2.3.7 EQUADOR

O país sustenta que o instrumento deverá se alinhar ao padrão de outros instrumentos internacionais não vinculativos, e que os mecanismos vinculantes, com imposição de responsabilidades diretas, são complementares aos mecanismos voluntários, pois ambos reforçam-se mutuamente. Defende, ainda, que os três parágrafos do artigo 5º (*Protection of Victims*), deveriam ser apresentados como direitos das vítimas e não como obrigações do Estado, a fim de facilitar sua aplicação.

2.3.8 EGITO

Embora reconheça o papel das empresas no que tange ao desenvolvimento socioeconômico, o Egito enfatiza a necessidade de regular as atividades empresariais para que tal desenvolvimento seja equitativo e inclusivo, com respeito aos Direitos Humanos. Para isso, evidencia a necessidade de impor obrigações diretas às empresas, alegando não serem suficientes nem exequíveis instrumentos voluntários de *soft law* frente ao poder corporativo.

2.3.9 FRANÇA

A delegação francesa direciona seu discurso para o comprometimento com a responsabilidade corporativa por suas violações aos Direitos Humanos e lamenta a ausência da imposição de obrigações diretas às empresas no artigo 6º (*Prevention*).

2.3.10 ÍNDIA

A posição da Índia é favorável à imposição de obrigações diretas à ETNs, afastando uma abordagem de *soft law*. Sendo assim, reconhece a necessidade de haver uma responsabilização corporativa através de um instrumento normativo vinculante. Pontua, ainda, que tal documento deve ser flexível e equilibrado para que possa obter ampla aceitação dos mais diversos Estados.

2.3.11 MÉXICO

No que tange às obrigações diretas, o México considera que as regras devem ser claras para as empresas, evitando ao máximo ambiguidade ou imprecisão em suas previsões.

2.3.12 RÚSSIA

A delegação russa aponta a vagueza e a generalidade das obrigações diretas no documento, bem como a necessidade de uma reformulação conceitual do que se enquadraria como uma violação de Direitos Humanos, por entender que tal definição é indevidamente ampla. Pontua que o Tratado cria um mecanismo privilegiado para a proteção de tais direitos no contexto das atividades corporativas, mas que muitos desses direitos já são reconhecidos no direito internacional, e os Estados já têm obrigação de aplicá-los, independentemente da atuação empresarial.

2.3.13 SENEGAL

O país mostra-se favorável à imposição de obrigações diretas aos Estados e às empresas, sustentando a implementação de políticas públicas e procedimentos que efetivem meios de prevenção, proteção e reparação para atingidos por Direitos Humanos em decorrência de atividades empresariais.

2.4 LEGAL LIABILITY E DUE DILIGENCE

A *legal liability* pode ser conceituada como a forma de responsabilização legal de Estados e pessoas - físicas ou jurídicas - por ações ou omissões que violem Direitos Humanos. Nessa seara, a linguagem do *Draft 2* mantém a lógica estadocêntrica, ao delegar aos Estados a tarefa de estruturar a *legal liability* de pessoas físicas e jurídicas. Diante disso, pode-se afirmar que tal previsão é questionável, visto que vai de encontro ao objeto central do Tratado, que é criar um instrumento internacional vinculante que permita a responsabilização de empresas transnacionais.

A Campanha Global teceu alguns comentários importantes a respeito dessa temática¹⁴. O primeiro deles é a defesa da responsabilidade penal de pessoas jurídicas, enxergada como aspecto essencial, já que as sanções civis não são suficientes e não atuam como um impedimento para a atuação da empresa. Ademais, a Campanha também defende que seja expressa a menção a grupos vulneráveis que, devido a suas peculiaridades, carecem de proteção especial. Por fim, ressaltou que a previsão da reserva de fundos pelas empresas transnacionais para casos necessários de compensação é fundamental, visto que é uma forma de garantir que estas empresas sejam responsabilizadas e possam indenizar as pessoas afetadas por suas atividades¹⁵.

No que diz respeito à *due diligence*, isto é, um procedimento prévio adotado pelas companhias com a finalidade de avaliar os riscos de suas atividades comerciais no impacto de Direitos Humanos, embora haja expressa menção na redação do *Draft*, sua construção textual ainda se mantém muito

14 Global Campaign. Pontos-chave da Campanha Global em relação ao Tratado da ONU. Disponível em: <https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2019/05/Pontos-chave-para-a-Campanha-Global-sobre-o-tratado-vinculativo.pdf> Acesso: 09 Feb 2021

15 Global Campaign. GLOBAL CAMPAIGN STATEMENT ON THE SECOND REVISED DRAFT OF THE BINDING TREATY. Disponível em: https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2020/08/Statement_GC_2nd-draft-TNCs_ENG.pdf

incipiente, não sendo capaz de efetivamente dirimir as violações de Direitos Humanos pelas empresas. Nesse sentido, como é nítida a inoperância das empresas para o monitoramento de suas próprias ações, deve-se lutar por um monitoramento independente de *due diligence*, possuindo os Direitos Humanos como seu foco principal.

A posição da Campanha Global vai ao encontro da ideia de criação de obrigações diretas às empresas, através da elaboração de normas vinculantes de *Human Rights Due Diligence (HRDD)* pelos Estados-parte. É crucial o estabelecimento de um preceito que obrigue a empresa matriz a monitorar as atividades desempenhadas por suas filiais, subsidiárias, subcontratistas e fornecedoras. Sendo assim, será possível a regulação e a verificação do potencial lesivo das atividades empresariais partindo do pressuposto de uma lógica voltada para a proteção dos Direitos Humanos.

Ademais, a Campanha também declara que a simples adoção da *due diligence* por uma empresa não pode ser utilizada como fator para sua absolvição em casos de violações de Direitos Humanos, haja vista que o foco está no resultado, e não na simples implementação do procedimento¹⁶.

2.4.1 BRASIL

O Brasil possui uma posição conservadora a respeito da *legal liability* direcionada às empresas. Nesse contexto, o país destacou que é necessário demonstrar umnexo causal claro entre o dano causado e a empresa a ser responsabilizada. Além disso, também pontuou que o texto do *Draft* possui alguns dispositivos que se direcionam de maneira excessiva aos Estados, o que poderia dificultar a implementação do instrumento vinculante.

No tocante à responsabilidade penal, a delegação brasileira afirmou que a redação do *Draft* deveria focar exclusivamente na responsabilidade administrativa e civil, enxergando a inclusão da responsabilidade penal com preocupação. Por fim, pediu mais informações a respeito de estândares internacionais que garantam a reparação das vítimas de abusos de Direitos Humanos e como estes podem servir de referência para a remediação.

2.4.2 RÚSSIA

A Rússia afirmou que a noção de responsabilidade penal de pessoas jurídicas não existe em seu ordenamento jurídico e, sendo assim, a previsão desta no Tratado representaria um obstáculo à sua adesão. Ademais, o país reiterou que o *Draft* deve criar estândares de proteção de Direitos Humanos sem julgar previamente os mecanismos que os Estados possam usar para o cumprimento destes. Por fim, alegou que o §11º do artigo 8º - que prega que os Estados adotem, de acordo com suas legislações domésticas, medidas para estabelecer a responsabilidade penal de pessoas físicas e jurídicas - é inaceitável do ponto de vista jurídico.

2.4.3 PANAMÁ

¹⁶ Global Campaign. GLOBAL CAMPAIGN STATEMENT ON THE SECOND REVISED DRAFT OF THE BINDING TREATY. Disponível em: https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2020/08/Statement_GC_2nd-draft-TNCs_ENG.pdf

O Estado alega que o ordenamento jurídico panamenho não prevê a responsabilidade penal para pessoas jurídicas.

2.4.4 MÉXICO

O México sugere a exclusão de diversas frases do texto do *Draft* que não estejam em concordância com os ordenamentos internos dos países. Assim, o Estado alegou que o Tratado deve reconhecer em sua redação os heterogêneos sistemas jurídicos dos diversos Estados-parte. No tocante à segurança financeira, o país afirmou que o §6º do artigo 8º - que disciplina que as empresas mantenham garantias financeiras para cobrir potenciais reivindicações de compensação - seria contraproducente. Assim, afirmou que nem todas as pessoas jurídicas ou naturais possuem capital necessário para garantir tal segurança financeira.

2.4.5 CHINA

A respeito da *legal liability*, a China afirmou que o artigo 8º (*Legal liability*) deveria incluir o princípio da complementaridade, de maneira a respeitar a estabilidade jurídica de cada país e os princípios de cada Estado. Assim, os §§2º e 3º deveriam ser mais flexíveis, evitando a adoção de regulações obrigatórias. Ainda, no §3º, alegou que a maneira de prosseguir com processos civis e penais não é homogênea nos países, necessitando, assim, o Tratado de uma linguagem ampla de maneira a abarcar integralmente todas as nações. Ademais, a delegação chinesa informou que alguns Estados já se manifestaram a respeito da não previsão no âmbito interno de responsabilidade penal para pessoas jurídicas, o que dificultaria a adesão ao instrumento vinculante. Sendo assim, de acordo com seu entendimento, é impossível intencionar que todos os Estados-parte do Tratado incorporem integralmente a lista dos *international crimes* nas suas legislações penais, o que configuraria uma violação ao princípio da soberania nacional.

No que concerne à *due diligence*, a China declarou que, de acordo com o §8º do artigo 8º, a simples adoção da *Human Rights Due Diligence* não é responsável por eximir a empresa de responsabilidade em casos de violações de Direitos Humanos. Assim, o país sustentou que tal dispositivo torna o artigo 6º (*Prevention*) inútil. Por fim, afirmou que o critério estabelecido no *Draft* de cumprimento da *Human Rights Due Diligence* não é claro, fazendo com que as grandes empresas apenas “tentem o seu melhor”. Por fim, reiterou que como a simples adoção da *HRDD* não é responsável por eximir a responsabilidade por violações de Direitos Humanos, as empresas vão perder a motivação de adotá-la. Sendo assim, de acordo com o Estado, a *HRDD* deveria ser uma obrigação de comportamento, ao invés de uma obrigação de resultados.

2.4.6 FILIPINAS

A delegação filipina destacou que o *Draft* deveria ser mais claro no tocante à questão de uma pessoa natural incorrer em responsabilidade por violações de Direitos Humanos. De acordo com o Estado, que invocou a doutrina da atividade corporativa, a responsabilização dos membros das empresas deve ser distinta da responsabilização da pessoa física. Dessa forma, as pessoas físicas não podem responder pelos atos ou omissões da pessoa jurídica, exceto em algumas poucas exceções.

Sobre o *financial security*, o país alegou que o §6º do artigo 8º deveria adequar sua linguagem, de forma a adotar um tom mais impositivo (mudança de *may* para *shall*). Assim, mesmo que as ETN's declarem falência, o reclamante terá acesso a alguma segurança financeira.

2.4.7 EQUADOR

O Estado pontuou que o artigo 8º (*Legal liability*) contém diversas melhorias técnicas quando comparado ao *Draft* anterior. Não obstante, recomenda deletar a lista de crimes e infrações e, além disso, ainda sugere que a noção de acesso à justiça deveria ser mais genérica, devendo andar alinhada com a linguagem e com a finalidade do artigo 4º (*Right of Victims*). Por fim, afirmou que o Tratado deveria indicar de maneira mais clara quais os atos ou abusos de Direitos Humanos que darão origem a consequências criminais, civis ou administrativas.

Ademais, a delegação equatoriana ainda sustentou que o §4º do artigo 8º deveria ser remodelado, de forma a levar em consideração as possibilidades de consequências civis. Outrossim, também ressaltou que no §5º não há referência adequada a uma questão de responsabilidade legal conforme pretendida pelo artigo 8º em geral, devendo ser realocado para o artigo 7º (*Access to Remedy*). Por fim, alegou que a ideia de *Human Rights Due Diligence* está mais ligada à questão de prevenção do que de responsabilidade, devendo ser realocada para o artigo 6º (*Prevention*).

2.4.8 PALESTINA

O Estado da Palestina afirmou que o §4º do artigo 8º deveria reforçar - através da menção de exemplos específicos de sanções ou de penalidades que as empresas podem responder caso sejam processadas - a noção de *criminal liability*. Como exemplos, o país citou a retirada de licença para operar e a resolução de contratos ou projetos. Ainda sugeriu que no texto do §9º do artigo 8º é crucial declarar que a responsabilidade criminal também pode ser desencadeada por uma atividade empresarial.

Sobre a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, a delegação palestina afirmou que os Estados-parte devem assegurar que suas legislações nacionais apresentem tal previsão legal. Além disso, a lista de crimes deveria ser entendida como todos os crimes já previstos nos instrumentos de direito internacional, não se restringindo apenas à lista adotada pelo *Draft*. Por fim, a Palestina alegou que seria importante estabelecer um novo dispositivo para criminalizar as influências políticas e governamentais quando houver relação com violações de Direitos Humanos.

No que se refere à *due diligence*, o Estado observador afirmou que o foco da HRDD não está na implementação, mas sim no dano causado, em respeito ao princípio do *duty of care*.

2.4.9 EGITO

No que se refere à responsabilidade criminal de pessoas jurídicas, o país declarou-se ciente da complexidade da temática, já que diversos Estados não possuem essa previsão em seus ordenamentos jurídicos. Sendo assim, seria viável incluir uma lista específica de crimes para superar esse óbice. Por fim, alegou que no §9º do artigo 8º falta clareza quanto à expressão *criminal offences under international human rights*

A delegação egípcia enfatizou a importância do *Draft* se manter fiel ao que foi disposto na Resolução 26/9. Sendo assim, o Estado pontuou a necessidade da referência dos termos *abuses* e *violations*. Ademais, afirmou que as mudanças no §1º do artigo 8º poderiam gerar uma lesão ao princípio da legalidade (*non poena sine lege*). Ainda neste ponto, deveria ser eliminado o termo *functionally equivalent*, e ocorrer a sua substituição por responsabilidade penal ou administrativa, de maneira a eliminar todas as diferenças nos diferentes sistemas jurídicos.

A respeito da *due diligence*, o Egito declarou que o disposto no §8º do artigo 8º é benéfico, uma vez que a simples implementação da *HRDD* não pode absolver os Estados que cometeram *abuses* e *violations*, devendo este artigo ser lido em consonância com o artigo 6º (*Prevention*).

2.4.10 INDONÉSIA

O Estado afirmou que o §7º do artigo 8º não é claro por possuir uma linguagem muito ampla. Assim, cria uma confusão entre os termos *business relationship* e *business activities*. Ademais, a respeito da *due diligence*, o país alegou que o §8º do artigo 8º está redigido de maneira também muito ampla, criando uma fórmula restritiva de como as Cortes Internacionais devem chegar a uma decisão em processos judiciais.

2.5 CADEIAS DE VALOR

O fenômeno do neoliberalismo foi responsável por descentralizar as escalas de produção das empresas, em um processo de transferência da ordem produtiva dos países centrais para os da periferia global, dado os baixos custos de produção que são, por sua vez, resultados diretos da parca regulação trabalhista. Este é contexto de surgimento das cadeias de valor¹⁷, fenômeno que tem se expandido cada vez mais pelos países do Sul Global, dada a desenfreada busca das empresas por benefícios econômicos. Considerando o texto do *Draft 2*, o documento é consideravelmente falho no que diz respeito às cadeias de valor, visto inexistem discussões acerca das disposições sobre as responsabilidades das empresas envolvidas nas atividades ao longo de toda a cadeia produtiva. Assim, embora o tópico seja mencionado em alguns pontos do texto, sua redação é falha. Nesse sentido, devido à falta de conceituação e de disposições claras para a implementação de mecanismos efetivos que considerem os desdobramentos desse fenômeno - como o vínculo entre matriz e filial e a responsabilização por ações ou omissões cometidas nas matrizes e nas subsidiárias - o *Draft* deixa a desejar.

O posicionamento da Campanha Global sobre o tema é de que a redação do *Draft 2* não está focada no seu real objetivo: o combate à impunidade das ETN's ao longo de suas cadeias de valor. Dessa forma, o importante seria estabelecer, de maneira expressa, que a previsão da responsabilização esteja relacionada à cadeia de valor como um todo, não se restringindo apenas às matrizes, mas também às filiais. Assim, a responsabilização das empresas transnacionais seria estendida, de forma a não abarcar unicamente atos cometidos diretamente por elas, mas considerando, também, atos indiretos. Além disso, a Campanha considera vital a definição do conceito

17 Homa. Cadeias de Valor e os impactos na responsabilização das empresas por violações de Direitos Humanos. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2018/08/Cadernos-de-Pesquisa-Homa-Cadeias-de-Valor.pdf>

de cadeia de valor no texto do *Draft*, de sorte a evitar que essas complexas estruturas da arquitetura empresarial permitam que as empresas escapem da responsabilização.

2.5.1 PALESTINA

O Estado da Palestina aborda a questão das cadeias de valor como algo disciplinado de modo incipiente na redação do *Draft*, evidenciando que a linguagem deve ser reforçada. Sendo assim, recomenda a adoção de termos que garantam a responsabilização das empresas ao longo de toda a cadeia, estendendo-se a responsabilidade para além das matrizes, incluindo as ações tomadas também nas filiais.

2.5.2 EGITO

O Estado mencionou a importância da Resolução 26/9 e a necessidade do texto do *Draft* ir ao encontro do que foi estabelecido neste mandato. Dessa forma, o país afirmou que as empresas atuantes dentro de um Estado são regidas pela legislação doméstica e, sendo assim, a verdadeira lacuna desafiadora nesta temática está em regulamentar as atividades dessas empresas que operam em níveis transnacionais, de forma a alcançar sua responsabilização ao longo de toda sua cadeia de valor.

2.5.3 NAMÍBIA

A delegação da Namíbia afirma que todas as atividades tomadas por pessoas naturais ou jurídicas conduzindo empresas transnacionais devem ser levadas em consideração no contexto das atividades desempenhadas. Nesse sentido, dentre tais atividades não se restringem somente àquelas tomadas pelas matrizes, mas também àquelas desempenhadas pelas subsidiárias. Além do mais, o Estado afirmou que a redação do §1º do artigo 9º deveria fazer explícita referência ao termo cadeia de valor. Por fim, enxergou o §4º do artigo 9º como um aspecto positivo, haja vista a possibilidade de comprovar o estabelecimento de vínculo entre as matrizes e as filiais das empresas transnacionais.

2.5.4 SENEGAL

O Estado sustentou que o mandato da Resolução 26/9, ao estabelecer a criação de um instrumento juridicamente vinculante na matéria de Direitos Humanos e Empresas, é um passo decisivo na garantia da responsabilidade social corporativa das atividades empresariais. Assim, alegou que a pandemia da Covid-19 está evidenciando a vulnerabilidade dos trabalhos informais ao longo das cadeias de valor e que a negociação do Tratado é uma oportunidade para acabar com a impunidade às violações de Direitos Humanos cometidas por empresas transnacionais.

2.5.5 PANAMÁ

O país afirmou que seria relevante a adoção, no § 5º do artigo 1º, do conceito de cadeia de valor.

2.5.6 SUÍÇA

O país declarou que não participaria das negociações, já que estão desenvolvendo um Plano Nacional de Ação em concordância com os Princípios Orientadores. Entretanto, pediu esclarecimentos a respeito de algumas questões legais abordadas pelo Tratado. Assim, afirmou que o *Draft* foca na questão das cadeias de valor de uma maneira que pode acarretar em interpretações divergentes. Isto posto, por razões de segurança jurídica e dada a importância da questão, solicitou que esclarecimentos sobre o tema sejam dados durante a Sessão.

2.5.7 REINO UNIDO

O Estado iniciou sua fala recordando que foi o primeiro país a desenvolver um Plano Nacional de Ação para a implementação dos Princípios Orientadores em Direitos Humanos e Empresas, em 2013. Ademais, afirmou que sua lei de escravidão (*Modern Slavery Act*), aprovada em 2015, foi inovadora, uma vez que introduziu em sua redação a necessidade das empresas apresentarem medidas para o enfrentamento da escravidão moderna nas operações desempenhadas ao longo de toda sua cadeia de valor.

2.5.8 UNIÃO EUROPEIA

A União Europeia afirmou que a pandemia da Covid-19 expôs a vulnerabilidade das cadeias de valor e das pessoas que nelas trabalham. Assim, a Agenda de Direitos Humanos e Empresas ganhou ainda mais relevância. Dessa forma, deve-se levar em consideração que a crise sanitária mostrou a urgência de reforçar a proteção dos Estados aos Direitos Humanos no contexto das atividades empresariais, incluindo os direitos trabalhistas.

2.5.9 FRANÇA

O Estado declarou que vem estabelecendo mecanismos para a garantia de responsabilização dos países na temática dos Direitos Humanos. Nesse sentido, aprovou, em 2017, uma lei nacional sobre o *duty of care*, que tem como objetivo tornar as empresas responsáveis pelas operações dentro de suas cadeias de produção, considerando-se, para tanto, a regulação ocorrendo desde o momento inicial, no qual a relação comercial é com ela estabelecida.

2.6 MECANISMOS DE EXTRATERRITORIALIDADE

No que concerne à atividade das empresas transnacionais, a extraterritorialidade se refere às atividades exercidas fora do território sede da empresa matriz, compreendendo não só a responsabilidade por condutas ativas e omissivas em matéria de Direitos Humanos, mas também os deveres de fiscalização, prevenção e reparação. Hoje, observada a multiplicação dessas transnacionais, bem como a fragmentação de suas cadeias de produção, faz-se necessário incorporar os deveres de devida diligência a essa atuação extraterritorial, buscando mecanismos de responsabilização efetiva.

Ao abordar o tema, particularmente diante do artigo 9º (*Adjudicative Jurisdiction*), o *Draft 2* não prevê a inclusão das “cadeias de valor”, que constituem verdadeiro reflexo dessa produção

fragmentada, comprometendo, pois, a busca pela responsabilização empresarial. Outros desafios dessa concretização se impõem na medida em que não há previsão para atribuição de responsabilidade por violações cometidas por subcontratistas, nem mesmo sobre a vinculação das empresas às subsidiárias.

Atualmente, o *Draft* prevê mecanismos de extraterritorialidade tais como os dispostos no §1º do artigo 9º, dentre eles: a possibilidade de ajuizar ação no Estado onde a violação dos Direitos Humanos ocorreu; no Estado onde a ação ou omissão que contribuiu para a violação dos Direitos Humanos ocorreu; ou no Estado onde a pessoa jurídica ou física alegadamente responsável por aquela ação, omissão ou contribuição para a violação de direitos humanos é domiciliada. Para tanto, considera-se domicílio como o local de constituição da empresa; o local da sede social ou legal da empresa; o local onde sua administração central se encontra, ou o principal lugar dos negócios de tal empresa.

Aqui, para além dos requisitos já incorporados ao *Draft*, entende-se que a inclusão do local onde o patrimônio da empresa se encontra deve constituir um dos critérios para o estabelecimento do domicílio, como mais um meio de combate à impunidade. Já com relação aos Estados, estes têm por sua vez, a obrigação de devida diligência em relação às suas empresas em outros países, bem como de cooperar em matéria de validação de sentenças e de criar mecanismos para reparação dos danos.

Em relação à extraterritorialidade, as principais demandas da Campanha Global são: a possibilidade de apresentar queixas no país onde a empresa se encontra e a possibilidade de apresentar diversas demandas em outras jurisdições. Uma crítica comum ao *Draft* é a falta de inclusão de uma jurisdição internacional e universal. Além disso, a Campanha se manifestou firmemente em favor da criação de uma Corte Internacional¹⁸ para que se assegure, de fato, uma jurisdição universal.

Os posicionamentos dos países sobre o assunto se deram da seguinte forma:

2.6.1 BRASIL

O país se opõe aos mecanismos de extraterritorialidade. Em primeiro lugar, reporta a existência de um possível ônus excessivo aos Estados, caso tais medidas sejam incorporadas ao Tratado. Critica, ainda, a existência de conexão de casos entre países diferentes; a consideração da impossibilidade de um julgamento justo no país da empresa e a possibilidade da vítima requerer o uso de uma lei proveniente de outro Estado, utilizando-se, para tal, da alegação de insegurança jurídica. Alega que os §§ 7º e 9º do artigo 8º, lidos em conjunto, bem como o artigo 5º do artigo 11 (*Applicable law*), mitigam o princípio do juiz natural, o que pode promover o fenômeno do forum shopping.

Em relação ao §5º do artigo 9º, pugna pela alteração do termo *close connection por direct/clear connection*, numa clara tentativa de dificultar a incidência do *forum necessitatis*. Ainda, alude que as previsões do artigo 9º (*Adjudicative Jurisdiction*) devem levar em consideração o princípio da subsidiariedade, ou seja, a extraterritorialidade poderá ser levada em consideração somente após o exaurimento do processo no Estado de origem. Por fim, critica o disposto no artigo 5º do artigo 10º (*Statute of limitations*), em que se prevê o asseguramento de que os Estados signatários se

¹⁸ Entre os pontos chave levantados pela Campanha Global, o 5º é a Criação de um Tribunal Internacional, para concretizar uma jurisdição internacional que supra a carência dos sujeitos internos. Global Campaign. Pontos-chave da Campanha Global em relação ao Tratado da ONU. Disponível em: <https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2019/05/Pontos-chave-para-a-Campanha-Global-sobre-o-tratado-vinculativo.pdf>

comprometam a tomar as medidas cabíveis no plano interno, ao afirmar que a regra geral de cada jurisdição é suficiente para garantir a proteção dos direitos dispostos no Tratado.

2.6.2 RÚSSIA

A delegação russa critica extensivamente a extraterritorialidade. Alegando que o escopo do §1º do artigo 9º é abrangente demais, e, assim como a delegação brasileira, faz menção à vagueza da expressão *close connection/closely connected* presentes nos §§4º e 5º do artigo 9º. Dessa forma, coloca a possibilidade de abrir a prerrogativa para potenciais abusos das vítimas, que poderiam realizar uma “seleção” de Cortes para julgamento (*forum shopping*).

Em seguida, o país defende que a extraterritorialidade não se aplicaria a casos criminais, de forma que deve prevalecer a norma do local onde ocorreu o crime, devendo o julgamento ocorrer também na referida jurisdição, do contrário, fere-se o princípio do contraditório. Argumenta, por fim, que estândaes progressistas danificam os princípios da justiça criminal e da ordem pública.

2.6.3 PANAMÁ

Crítica a extraterritorialidade tendo em vista a possibilidade da vítima exercer o *forum shopping*. Para a delegação panamenha, o conceito de extraterritorialidade ainda não está claro, pois difere do princípio da territorialidade presente no direito criminal. Outro alvo de críticas foi o escopo abrangente da extraterritorialidade, principalmente no que diz respeito à matéria penal, ao alegar que as cortes nacionais não serão capazes de responder devidamente às ações contendo crimes ocorridos fora do território nacional. Nesse sentido, sugere que a extraterritorialidade deve se limitar à esfera civil (artigo 9º - *Adjudicative Jurisdiction*).

2.6.4 ÁFRICA DO SUL

Manifesta a imprescindibilidade de se cumprir o mandato da Resolução 26/9. Dada a dificuldade das vítimas em buscar reparação, reforça a necessidade de medidas de extraterritorialidade, que constitui parte central do Tratado, segundo a delegação. A centralidade das vítimas é o foco principal.

2.6.5 MÉXICO

Vai de encontro às medidas de extraterritorialidade. Alega que todo o conteúdo do artigo 9º é vago. Posiciona-se a favor do julgamento na jurisdição onde as violações ocorreram.

2.6.6 CHINA

O país se manifesta firmemente contra quaisquer medidas de extraterritorialidade. Em primeiro lugar, afirma-se que a extraterritorialidade é contrária ao princípio da soberania. Em seguida, o escopo da relação empresarial contido no *Draft* é atacado por sua abrangência, sob o argumento de que a falta de distinção entre o que seria uma violação aos Direitos Humanos viola o princípio da independência da personalidade jurídica.

Nesse sentido, a China se posiciona em prol das ETN's, aludindo que as grandes empresas só conseguem tentar o seu melhor para preencher os critérios da devida diligência. Ainda em relação à

devida diligência, compreende que esta deve constituir uma obrigação de conduta, e não de resultado.

2.6.7 FILIPINAS

Defende os mecanismos de extraterritorialidade. Em relação ao §1º do artigo 9º, sugere a inclusão do acesso à corte do Estado de onde a vítima é natural ou reside, já que o Estado do domicílio de uma transnacional pode ser diferente do Estado do domicílio da vítima, o que dificultaria o ajuizamento de uma ação, dada a necessidade de ir até o Estado do domicílio da transnacional. O posicionamento filipino reconhece a captura de poder diante de um contexto de fragilidade dos Estados perante a atuação das transnacionais.

2.6.8 NAMÍBIA

Amplamente favorável à extraterritorialidade. Elogia o artigo 9º (*Adjudicative Jurisdiction*) por contribuir para o acesso à justiça: permite que a vítima tenha acesso à justiça mesmo nas situações em que ela se vê impedida de ajuizar ação nas Cortes do seu Estado-domicílio ou do *host-State*, mas pode fazê-lo num terceiro Estado e nas Cortes Regionais. Em relação ao §1º do artigo 9º, defende que o *Draft* volte a incluir aqueles que podem estar em situação de potencial lesão a direito, além de que faça referência às cadeias de valor.

2.6.9 EQUADOR

O país se posiciona no sentido de que, para além das medidas de extraterritorialidade já presentes no *Draft*, se inclua um plano para a execução das sentenças ainda no artigo 9º (*Adjudicative Jurisdiction*).

2.6.10 CHILE

Não enxerga possibilidades na implementação do artigo 9º, opondo-se às medidas de extraterritorialidade. Critica a redação do §4º do artigo 9º, quanto ao termo *closely connected*.

2.6.11 EGITO

Ressalta a necessidade da extraterritorialidade, sob o paradigma central do Tratado de centralidade das vítimas e de acesso à justiça. Elogiou a redação do §1º do artigo 9º.

2.6.12 REINO UNIDO

Segundo a delegação britânica, a extraterritorialidade fere os princípios da soberania e do devido processo legal.

2.6.13 SENEGAL

Aponta para a importância dos mecanismos de extraterritorialidade para fins de efetiva reparação às vítimas.

2.6.14 ARMÊNIA

O Estado sugeriu a exclusão do 9.1.b, numa aparente postura contrária aos mecanismos de extraterritorialidade.

2.7 FORUM NON CONVENIENS E FORUM NECESSITATIS

O *forum non conveniens* consiste em um poder discricionário para a escolha do foro competente, permitindo que uma Corte dispense o caso em favor de outra Corte, em tese, mais preparada para analisá-lo. Essa discricionariedade impede que casos de violações de Direitos Humanos sejam efetivamente julgados, principalmente nos Estados onde a captura corporativa prevalece em detrimento das instituições.

A não utilização do *forum non conveniens*, presente no *Draft* em seu §3º do artigo 9º, é demanda antiga da sociedade civil ao longo do processo de negociação do Tratado, que considera sua vedação como essencial para a devida responsabilização das empresas por suas violações de Direitos Humanos, como é pretendido pelo Tratado.

Nesse sentido, considera-se a proibição do *forum non conveniens* e a inclusão do *forum necessitatis* como um bom avanço, de forma a possibilitar uma maior amplitude do acesso à justiça. Indica-se, porém, a necessidade de reforçar a linguagem destes conceitos no texto do *Draft*. O próprio *forum necessitatis*, por exemplo, não é mencionado textualmente, apesar de incorporado ao *Draft* por meio da possibilidade de a vítima acionar a jurisdição contra pessoa jurídica ou física responsável pela violação dos Direitos Humanos não domiciliada naquele território, caso não seja possível garantir o julgamento justo da causa, que se faz presente no §5º do artigo 9º. Ademais, a Campanha preza pela criação de uma Corte Internacional, livre das amarras estatais, a fim de que se obtenha, assim, um amplo acesso à justiça e à reparação das vítimas das violações de Direitos Humanos¹⁹.

Os Estados se manifestaram da seguinte forma:

2.7.1 PANAMÁ

Diferendo-se da posição mais conservadora a respeito da extraterritorialidade, o Panamá se manifestou a favor da adoção do *forum necessitatis* como um princípio, almejando garantir reparação às vítimas quando não for possível decidir à qual Corte a ação deve pertencer.

2.7.2 BRASIL

Assim como a declaração panamenha, o Brasil surpreende ao elogiar a implementação da cláusula de proibição do *forum non conveniens*. Ressalva, porém, que o parágrafo deve ser refinado, à luz do potencial impacto nos sistemas nacionais de justiça.

19 Global Campaign. Pontos-chave da Campanha Global em relação ao Tratado da ONU. Disponível em: <https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2019/05/Pontos-chave-para-a-Campanha-Global-sobre-o-tratado-vinculativo.pdf> Acesso: 09 Feb 2021

2.7.3 CHINA

O país critica extensivamente a inclusão da proibição do *forum non conveniens* no *Draft*, sob o argumento de que o Tratado deve respeitar a soberania dos Estados. Logo, de acordo com a delegação chinesa, a utilização do *forum non conveniens* não pode ser desconsiderada arbitrariamente.

2.7.4 NAMÍBIA

O Estado reforçou a importância da exclusão do *forum non conveniens* para a reparação efetiva das vítimas. O país ressaltou, também, a necessidade de o *Draft* abordar mais especificamente o *forum necessitatis*.

2.8 MUTUAL LEGAL ASSISTANCE

Ao estabelecer o alcance extraterritorial das sentenças, o instituto da *mutual legal assistance* é de extrema importância para que tais mecanismos de extraterritorialidade sejam levados a cabo, contribuindo para a efetiva reparação às vítimas. Tal cooperação, além de dotada dos deveres provenientes da boa-fé (artigo 13 - *International Cooperation*), deve se dar através dos deveres de informação em matéria penal, cível e administrativa (artigo 12 - *Mutual Legal Assistance and International Judicial Cooperation*).

No entanto, permanecem alguns entraves para seu pleno funcionamento. O artigo 12, em seu parágrafo 10, alínea c, faz menção à "ordem pública". A fundamentação de contrariedade à ordem pública é identificada como um dos maiores obstáculos à homologação de sentenças estrangeiras, o que muitas vezes prejudica o acesso dos atingidos e atingidas a reparações. Nesse âmbito, relega-se o princípio da primazia dos Direitos Humanos a uma função secundária, minimizando o acesso à justiça e à devida reparação das vítimas.

Em relação ao artigo 14 (*Consistency with International Law principles and instruments*), que trata da compatibilidade entre os princípios do Direito Internacional e os instrumentos vinculantes, o *Draft* remete a princípios como o da soberania, alçando os Estados à posição de atores independentes. Tal postura é contrária à intenção da sociedade civil durante o processo de negociação, que preza pela primazia dos Direitos Humanos em um sentido de uma verdadeira soberania dos povos, e não da soberania estatal. Ademais, um dos pontos controversos deste artigo é o trazido pelo §5º, dispondo acerca da compatibilidade dos acordos comerciais ao conteúdo do Tratado em discussão.

Quanto a esses temas suscitados, os principais posicionamentos dos países envolvidos no processo de negociação do Tratado são:

2.8.1 UNIÃO EUROPEIA

O posicionamento da União Europeia se deu em torno do pedido de esclarecimento em relação à cooperação internacional, indagando por seu escopo, se compreendido por matéria criminal ou também cível.

2.8.2 BRASIL

Em postura contrária à *mutual legal assistance*, o Brasil manifestou o possível ônus excessivo aos Estados, imposto pelo artigo 12 (*Mutual Legal Assistance and International Judicial Cooperation*).

2.8.3 RÚSSIA

De forma semelhante à postura brasileira, a Rússia mostrou preocupação em relação às obrigações excessivas trazidas aos Estados por estes dispositivos. O país critica o §5º do artigo 14, que impõe aos acordos comerciais existentes a observância do disposto pelo Tratado.

2.8.4 MÉXICO

O país considera desnecessária a inclusão dos §§1º a 4º do artigo 14 (*Consistency with International Law principles and instruments*).

2.8.5 CHINA

Para a China, o artigo 12 (*Mutual Legal Assistance and International Judicial Cooperation*) vai de encontro à soberania judiciária. Segundo o país, a soberania e a discricionariedade devem ser totalmente respeitadas. Ademais, alegam que o Tratado deve distinguir explicitamente as ações cíveis e as ações criminais. Por fim, afirmam que não há hierarquia entre os diferentes tipos de tratados, ignorando a primazia dos Direitos Humanos.

2.8.6 PALESTINA

O Estado sugere reforçar os termos do artigo 14.5.a, a fim de que os tratados de comércio e investimento existentes estejam de acordo com o princípio da primazia dos Direitos Humanos. Para a Palestina, o comércio internacional deve ser regulado à luz da primazia dos Direitos Humanos e do direito humanitário.

2.8.7 CHILE

O Chile critica o §5º do artigo 14, pois, segundo o posicionamento do país, fere o princípio do livre comércio e dos acordos comerciais dele advindos, que têm forma de lei.

2.8.8 EQUADOR

Conforme entendimento do país, o objetivo do artigo 12, ao incorporar o princípio da *mutual legal assistance*, é assegurar a reparação às vítimas. Alude, ainda, que o artigo 14 não trata de hierarquia entre os instrumentos, mas sim de compatibilidade entre os instrumentos existentes.

2.8.9 EGITO

De acordo com a delegação egípcia, o princípio da cooperação internacional requer que um Estado não utilize seu território de forma a propiciar violações de Direitos Humanos na sua jurisdição, tampouco na de outros Estados. Por isso, defende a inclusão de um parágrafo no artigo 13 (*International Cooperation*) a fim de se manter os Estados responsáveis pelas violações de Direitos

Humanos, em seu território ou em outros territórios, quando as violações forem produzidas pelas ETN's. Reforça, ainda, a limitação do escopo do Tratado às ETN's e preza por mecanismos de extraterritorialidade.

2.8.10 PANAMÁ

O Estado defende a inclusão de cláusula, no artigo 12 (*Mutual Legal Assistance and International Judicial Cooperation*), para submeter os Estados não signatários a cooperar em matéria de assistência legal mútua.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível notar que ainda há claras incoerências entre a redação do *Draft* e o objetivo do Tratado, em comparação ao que foi proposto na Resolução 26/9. Nota-se, ainda, a dificuldade de consenso entre os países, principalmente com relação à implementação de pontos que representam uma maior intervenção, qual seja, regulamentação legal, como os demonstrados no texto, pois são as questões que mais afetariam a atuação predatória do capital transnacional.

Não obstante, considerando os *statements* apresentados no documento, pode-se dizer que a 6ª Sessão representou um alerta para a comunidade internacional, na medida em que os países presentes se mostraram, em grande parte, descontentes com os poucos acréscimos - ou mesmo com a manutenção - de partes do texto que demonstram um viés mais garantista, em termos de proteção aos Direitos Humanos.

Com isso em mente, é importante ressaltar o maior perigo que a pandemia do coronavírus representou para as discussões, na medida em que esta não só impossibilitou a participação mais ativa da sociedade civil, mas retirou os especialistas da Sessão, como dito na introdução do relatório. Oportunizou ainda a ausência de países pouco interessados na discussão, que se retiraram do processo, abrindo prerrogativas para seu esvaziamento, o que pode ensejar uma não concretização do Tratado ou ainda um grande retrocesso no texto próximo *Draft*.

Dessa forma, fica evidente que o contexto político-econômico internacional é de grande relevância para a discussão de um Tratado sobre Direitos Humanos e Empresas, pois a regulação da atividade empresarial é vista por muitos países como um problema que levaria a um impacto fortíssimo no capital internacional. Sendo assim, muitos países possuem interesse em manter a situação com o mínimo de regulação legal possível, deixando a critério das legislações nacionais o ônus de combater tais violações, perpetuando, dessa forma, o poder dos grandes conglomerados transnacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | REFERENCES | REFERENCIAS

GLOBAL CAMPAIGN TO RECLAIM PEOPLES SOVEREIGNTY, DISMANTLE CORPORATE POWER AND STOP IMPUNITY. *Global campaign statement on the second revised draft of the binding treaty*. Disponível em: https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2020/08/Statement_GC_2nd-draft-TNCs_ENG.pdf

GLOBAL CAMPAIGN TO RECLAIM PEOPLES SOVEREIGNTY, DISMANTLE CORPORATE POWER AND STOP IMPUNITY. *UN binding treaty: written contribution of the global campaign, february 2019*. Disponível em: <https://www.stopcorporateimpunity.org/un-binding-treaty-written-contribution-of-the-global-campaign-march-2019/>

GLOBAL CAMPAIGN TO RECLAIM PEOPLES SOVEREIGNTY, DISMANTLE CORPORATE POWER AND STOP IMPUNITY. *Pontos-chave da Campanha Global em relação ao Tratado da ONU*. Disponível em: <https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2019/05/Pontos-chave-para-a-Campanha-Global-sobre-o-tratado-vinculativo.pdf>

OEIGWG. *Second Revised Draft Legally Binding Instrument To Regulate, In International Human Rights Law, The Activities Of Transnational Corporations And Other Business Enterprises*. Genebra, 06 ago. 2020. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf

OHCHR. *Annex to the report on the fifth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights (A/HRC/43/55)*. Genebra, 04 mar. 2020. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session5/Annex_CompilationStatements_5th_session.pdf

OHCHR. United Nations Human Right Council, 2021. *Sexta sessão do grupo de trabalho intergovernamental aberto sobre empresas transnacionais e outras empresas de negócios com respeito aos direitos humanos*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session6/Pages/Session6.aspx>

REDESCA (org.). *Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Washington: CIDH/OEA, 2019. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>

ROLAND, Manoela C., SOARES, Andressa O., BREGA, Gabriel R., BRAGA, Lucas D., CARVALHO, Maria Fernanda C. G., ROCHA, Renata P. *Análise do Draft One: avanço ou retrocesso?*. In. Cadernos de Pesquisa Homa. vol. 2, n. 8, 2019. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2020/01/Cadernos-de-Pesquisa-An%C3%A1lise-do-Draft-One-Retificado.pdf>

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. vol. 1, n. 5, 2018. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2018/08/Cadernos-de-Pesquisa-Homa-Cadeias-de-Valor.pdf>

**Documento produzido pelo
Homa – Centro de Direitos Humanos e Empresas
projeto.homa@ufjf.edu.br**

Coordenação

Manoela Carneiro Roland

Doutora, coordenadora geral do Homa, Professora de Direito Internacional da Universidade Federal de Juiz de Fora

Supervisão

Andressa Oliveira Soares

Mestre, coordenadora de pesquisa do Homa, Universidade Federal de Juiz de Fora

Aline Laís Lara Sena

Graduanda, pesquisadora associada ao Homa, Universidade Federal de Juiz de Fora

João Pedro Brito Perillo

Graduando, pesquisador associado ao Homa, Universidade Federal de Juiz de Fora

Luca Cezário Tostes Tito

Graduando, pesquisador associado ao Homa, Universidade Federal de Juiz de Fora

Renata Paschoalim Rocha

Graduanda, pesquisadora associada ao Homa, Universidade Federal de Juiz de Fora

Sofia Miranda de Oliveira

Graduanda, pesquisadora associada ao Homa, Universidade Federal de Juiz de Fora

Instagram & Twitter | @HomaPublicaDHE
periodicos.ufjf.br/index.php/homa/