

ISSN 2526-0774 | Seção Cadernos de Pesquisa Homa

HomaPublica

REVISTA INTERNACIONAL DE
**DERECHOS HUMANOS
Y EMPRESAS**



Vol. V | Nº. 02 | Jul - Dic 2021

Recibido: 09.08.2021 | Aceptado: 09.08.2021 | Publicado: 10.08.2021

ANÁLISE DO SEGUNDO DRAFT REVISADO DO INSTRUMENTO JURIDICAMENTE VINCULANTE SOBRE EMPRESAS TRANSNACIONAIS E OUTRAS EMPRESAS COM RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS

ANALYSIS OF THE SECOND REVISED DRAFT OF THE LEGALLY BINDING INSTRUMENT ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES WITH RESPECT TO HUMAN RIGHTS

ANÁLISIS DEL SEGUNDO BORRADOR REVISADO DEL INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE SOBRE LAS 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 0000-0001-5168-2230](#)

Andressa Oliveira Soares

Universidade de São Paulo | São Paulo - SP, Brasil | [ORCID-ID 0000-0001-8063-6380](#)

Maria Fernanda Campos Goretti de Carvalho

Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | [ORCID-ID 0000-0003-3296-9396](#)

Aline Laís Lara Sena

Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | [ORCID-ID 0000-0001-6471-0966](#)

João Pedro Brito Perillo

Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | [ORCID-ID 0000-0002-1963-4930](#)

Luca Cezário Tostes Tito

Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | [ORCID-ID 0000-0002-4737-8153](#)

Renata Paschoalim Rocha

Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | [ORCID-ID 0000-0002-2202-0438](#)

Sofia Miranda de Oliveira

Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | [ORCID-ID 0000-0001-5182-5270](#)

Resumo

O presente texto busca traçar um panorama acerca do texto do *Draft Two*, partindo de uma análise pontual de cada artigo do documento, em conjunto com o objetivo estabelecido pela Resolução 26/9 a respeito da regulação de atividades de Empresas Transnacionais, e ainda com a posição adotada pela Campanha Global para Reivindicar a Soberania dos Povos, Desmantelar o Poder Corporativo e por fim à Impunidade. Sob o ponto de vista adotado, o trabalho expõe uma visão crítica acerca das mudanças trazidas pelo *Second Revised Draft*, enfrentando as problemáticas que não foram solucionadas pela nova redação, bem como apontando sugestões para um melhor desenvolvimento e foco do Instrumento. Nesse sentido, emprega-se a metodologia qualitativa através de revisão documental, a fim de proporcionar um conhecimento mais pontual acerca da temática, demonstrando também a necessidade de complementações ao texto, com o objetivo de alinhamento aos preceitos de proteção de Direitos Humanos.

Palavras-chave

Tratado internacional sobre Empresas e Direitos Humanos. Draft 2. Empresas Transnacionais. Violações de Direitos Humanos.



Abstract

This paper aims to provide an overview regarding the Draft Two, starting from a punctual analysis of each article and considering along with it, goals set by the Resolution 26/9, which concerns the regulation of Transnational Companies activities. Notwithstanding, we consider the position adopted by the Global Campaign to Dismantle Corporate Power and Stop Impunity to take on a critical perspective referring to the changes made in the Second Revised Draft, as well as to face problems not solved by the new wording and pointing out suggestions for a better buildout and specificity of the Instrument. In this sense, we apply qualitative methodology through document review, in order to provide a more punctual aspect with regard to the subject and also to demonstrate the need for additions in the current wording, aiming for an alignment with the Human Rights protection system.

Keywords

International treaty on business and human rights. Draft Two. Transnational Companies. Human Rights violations.

Resumen

El presente texto pretende ofrecer una visión general del texto del Borrador Dos, comenzando con un análisis específico de cada artículo del documento, en relación con el objetivo establecido por la Resolución 26/9 sobre la regulación de las actividades de las Empresas Transnacionales, y también con la posición adoptada por la Campaña Global para Reivindicar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder Corporativo y Acabar con la Impunidad. Bajo el punto de vista adoptado, el trabajo expone una visión crítica sobre los cambios introducidos por el Segundo Borrador Revisado, afrontando los problemas que no fueron resueltos por la nueva redacción, así como señalando sugerencias para un mejor desarrollo y enfoque del Instrumento. En este sentido, se utiliza la metodología cualitativa a través de la revisión de documentos, con el fin de proporcionar un conocimiento más específico sobre el tema, demostrando también la necesidad de adiciones al texto, con el objetivo de alinearse con los preceptos de protección de los derechos humanos.

Palabras clave

Tratado Internacional sobre Empresas y Derechos Humanos. Borrador 2. Empresas transnacionales. Violaciones de los derechos humanos.

A Campanha Global para Reivindicar a Soberania dos Povos, Desmantelar o Poder Corporativo e Por fim à Impunidade¹, dando prosseguimento a sua atuação na defesa de Direitos Humanos contra a violações causadas por grandes empreendimentos, se dedica, neste documento, a analisar o *Second Revised Draft*². Apresentamos a continuidade do acompanhamento e do estudo sobre a temática de Direitos Humanos e todo o processo de negociação do Tratado, na tentativa de delimitar sua importância, seus erros e acertos e se houve uma evolução ou não no caminho da responsabilização das Empresas por violações de Direitos Humanos.

O envolvimento da Organização das Nações Unidas (ONU) com a temática de Direitos Humanos é relativamente recente. Apesar das discussões sobre o tema terem se iniciado na década de 1970, com a expansão da globalização e do poder das empresas transnacionais, foi apenas em 2011, cerca de 40 anos depois, que os Princípios Orientadores sobre Direitos Humanos e Empresas foram apresentados na esfera do Conselho de Direitos Humanos da ONU. Porém, devido a seu caráter

¹ Criada em 2012, a Campanha Global para Reivindicar a Soberania dos Povos, Desmantelar o Poder Corporativo e Acabar com a Impunidade, chamada neste trabalho de "Campanha", é uma rede que reúne mais de 250 movimentos, organizações da sociedade civil e comunidades afetadas pelas atividades das Empresas Transnacionais. A organização, criada como uma resposta à frequentes violações de Direitos Humanos por empresas, permite uma estrutura global em busca da visibilidade da resistência contra as atividades de grandes empreendimentos. Mais informações disponíveis em: <https://www.stopcorporateimpunity.org>.

² Para os propósitos desta análise o *OEIGWG Second Revised Draft on the "Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the activities of transnational corporations and other business enterprises"* será denominado "Draft 2" e pode ser encontrado 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.

voluntarista deste marco, houve intensa pressão de diversos países e da sociedade civil, e três anos depois foi aprovada a resolução 26/9, para elaboração do Tratado Internacional sobre Empresas e Direitos Humanos - marco histórico no processo de luta em defesa dos Direitos Humanos contra violações cometidas por empresas.

Após a realização de duas consultas informais de maneira virtual durante os meses de maio e junho deste ano, o presidente do Grupo de Trabalho publicou uma nova versão do documento juridicamente vinculante no início do mês de agosto.

Este rascunho é reconhecido por ter apenas melhorias pontuais e sem valor e, estruturalmente, reproduz a lógica presente no último *Draft*, que é a lógica dos Princípios Orientadores. Isto significa que o documento não tem força para inovar, regular as empresas transnacionais e garantir a proteção dos direitos humanos, o que deveria ser seu objetivo principal.

Podemos apontar várias questões problemáticas neste *Draft*. Primeiramente, o tratado mantém obrigações apenas aos Estados. Portanto, nenhuma responsabilidade direta é atribuída às empresas além das mesmas diretrizes falhas reproduzidas nos Princípios Orientadores. Neste sentido, o próprio texto limita a eficácia do Tratado ao não impor obrigações diretas às empresas. É claro que estas obrigações devem ser diferentes das obrigações dos Estados, mas, em nossa opinião, é indispensável que as empresas respeitem os princípios e normas dos direitos humanos previstas pelas Nações Unidas.

Além disso, não estamos sugerindo uma reinvenção do direito internacional, já que já existem tratados e instrumentos internacionais que incluem obrigações e tornam pessoas jurídicas, como as ETNs, legalmente responsáveis, mesmo em alguns tratados de investimento.³

A primazia do direito internacional dos direitos humanos sobre qualquer outro instrumento jurídico internacional, em particular sobre acordos comerciais e de investimento, é essencial para estabelecer um tratado eficaz. No entanto, este conceito não foi abordado no *Draft*. É imperativo que este princípio seja destacado no documento final e que seja assunto de um artigo específico, além de ser reafirmado ao longo de todo o Tratado.

Outro problema significativo é o escopo do Tratado. O uso de "*all business*" é um sinal da falta de compromisso do OEIGWG com a proteção efetiva dos direitos humanos. O escopo mais amplo evita um instrumento que preencheria as lacunas do direito internacional, mantendo o status quo e representando um grande risco para a eficácia do Tratado, pois dilui os esforços de investigação e regulamentação de todas as especificidades da atividade empresarial transnacional, optando por dispositivos mais genéricos, e que também devem ser adaptados aos ramos de atividade de toda e qualquer corporação na política interna de cada país. A particularidade do poder das Empresas Transnacionais e sua estrutura jurídica e econômica exigem um instrumento de direito internacional para regular seus impactos, uma vez que o direito interno pode ser muito suscetível ao poder econômico e político. Além disso, é um descumprimento em flagrante do mandato da Resolução 26/9 e de seu espírito.

Devido ao não reconhecimento de obrigações diretas atribuídas às empresas, reproduz-se no *Draft 2* a diferença terminológica / conceitual em relação aos campos de atuação desenvolvidos pelos

³ Alguns dos tratados internacionais: Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar; Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes; Convenção da Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu depósito; entre outros.

países e empresas. Ou seja, os países violariam os direitos humanos, e as empresas apenas causariam impactos ou abusos. Um aspecto essencial, que deve ser reconhecido a fim de garantir uma adaptação sistemática do instrumento internacional à lógica de outros tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, é que a perspectiva da vítima deve prevalecer no que diz respeito à identificação da dimensão dos direitos violados. Assim, sempre que se referir a grupos afetados por "damages", o termo "violation" de Direitos deve ser usado. As vítimas, ou comunidades afetadas, não foram abusadas, mas tiveram seus direitos humanos e garantias violadas. Desta forma, esta distinção deve ser eliminada em todo o documento.

Além disso, a fim de garantir maior uniformidade na interpretação e aplicação do futuro Tratado, é necessário excluir conceitos fundamentalmente imprecisos e indeterminados, ou um excesso de adjetivos. Como, por exemplo: principalmente documentos; relações substanciais; crimes mais graves. Este tipo de terminologia ameaça uma boa execução do Tratado, já que termos vagos não têm conceitos definidos, podendo ser invocados a qualquer momento na tentativa de evitar responsabilidades.

Também estamos extremamente preocupados com a ausência total da discussão sobre cadeias de fornecimento e com a falta de dispositivos de responsabilização de todas as empresas envolvidas na atividade comercial transnacional ao longo da cadeia de fornecimento, além da aplicação do princípio da obrigação de solidariedade.

Além disso, o *Draft 2* não aborda a uma questão importante sobre "levantar o véu corporativo". O véu corporativo impede que todas as pessoas jurídicas da cadeia de fornecimento tenham uma existência legal comum, de modo que cada uma é considerada uma pessoa jurídica independente. Este fato se apresenta como um obstáculo ao reconhecimento da responsabilidade legal da empresa matriz por violações causadas por outras empresas em sua cadeia de fornecimento, apesar da conexão entre elas. É essencial que a matriz divulgue todas as informações das empresas que fazem parte da sua cadeia de fornecimento. Neste sentido, o Tratado deve estabelecer mecanismos claros para declarar a responsabilidade legal entre a matriz e todas as partes da cadeia de fornecimento. Como uma proposta para o Tratado, a Campanha Global sugere mais uma vez a seguinte descrição:

For the purposes of this Treaty, the TNC supply chain consists of companies outside the TNC that contribute to the operations of the TNC – from the provision of materials, services and funds to the delivery of products for the end user. The supply chain also includes contractors, subcontractors or suppliers with whom the parent company or the companies it controls carry on established business relations. The TNC may exercise influence over a supply chain company depending on the circumstances.

Embora o *Draft 2* mencione o processo de due diligence em seu Artigo 6, não é suficiente para considerá-lo como um avanço. É necessário promover um monitoramento independente de due diligence com foco nos direitos humanos. Está provado que não é possível confiar nas empresas para monitorar suas próprias ações e decisões.

Além disso, o *Draft* não aborda adequadamente a proibição extremamente importante do *forum non-conveniens*. Embora tenha sido mencionado no Artigo 7, era vago e sem mecanismos para forçar ou ajudar os países sobre o assunto. Além disso, é crucial a inclusão da doutrina do *forum necessitatis* sempre que for estabelecida a ligação entre o promotor da ETN e a comunidade violada.

Não foi observado neste novo texto qualquer tipo de dispositivo de execução, o que deixa o documento sem nenhum mecanismo para garantir e sustentar sua eficácia. Insistimos que a possibilidade de um Tribunal deve ser levantada, já que até o ex-embaixador do Equador, Luis Gallegos, junto com Daniel Uribe, reconheceu que um Tribunal é viável e necessário no contexto do Tratado⁴

Resumidamente, é seguro dizer que a capacidade de regular a atividade comercial transnacional enfraquece com este *Draft*. Questões essenciais como as mencionadas acima foram deixadas de lado, suavizadas ou relativizadas. Precisamos de um tratado com uma linguagem mais forte, que foque na proteção efetiva e na reparação justa para as comunidades e pessoas violadas.

PREÂMBULO

O preâmbulo do *Draft 2* possui as mesmas questões problemáticas que obstaculizam a efetividade do Tratado e o cumprimento do mandado da Resolução 26/9. A priori, vale mencionar que o presente rascunho não apresentou uma sessão de direitos e princípios a serem protegidos e respeitados pelos signatários do Tratado. No entanto, consideramos isso essencial para a concepção de um Tratado de Direitos Humanos e Empresas, além de fazer parte da prática de documentos vinculantes.

Além disso, é crucial que se estabeleça a primazia dos direitos humanos sobre acordos comerciais e de investimento. Este é o núcleo principal do documento, e deve ser claramente apresentado.

Contudo, o começo do documento deveria fazer menção aos nove principais instrumentos internacionais de Direitos Humanos adotados pelas Nações Unidas⁵, e as oito convenções fundamentais adotadas pela OIT⁶. Não obstante, o documento se restringe, determinando apenas alguns poucos instrumentos internacionais e apontando "*others internationally agreed human rights-relevant declarations*".

Entretanto, antes de mais nada, entendemos que mencionar instrumentos específicos pode acabar limitando as possibilidades de instrumentos de direitos humanos que poderiam apoiar o LBI. A respeito disso, o artigo 3.3 menciona que o Tratado deve abranger todas as convenções e instrumentos de direitos humanos reconhecidos internacionalmente, bem como o direito

⁴ Luis Gallegos, Daniel Uribe. The Next Step against Corporate Impunity: A World Court on Business and Human Rights?, 2016 <https://harvardilj.org/2016/07/the-next-step-against-corporate-impunity-a-world-court-on-business-and-human-rights/>

⁵ Os nove instrumentos adotados pela ONU são: International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965); International Covenant on Civil and Political Rights (1966); International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966); Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (1979); Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984); Convention on the Rights of the Child (1989); International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (1990); International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (2006); Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006). Mais informações sobre os instrumentos podem ser encontradas aqui: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>

⁶ Já as oito principais convenções adotadas pela Organização Internacional do Trabalho são: Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention n. 87 (1948); Right to Organise and Collective Bargaining Convention n. 98 (1949); Forced Labour Convention n.29 (1930); Abolition of Forced Labour Convention n.105 (1957); Minimum Age Convention n.138 (1973); Worst Forms of Child Labour Convention n.182 (1999); Equal Remuneration Convention n. 100 (1951) e Discrimination (Employment and Occupation) Convention n. 111 (1958) Mais informações estão disponíveis no link: <https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--en/index.htm>

consuetudinário. Portanto, entendemos que a limitação resultante de citações específicas no preâmbulo é contraditória com a disposição do Tratado.

Ainda assim, caso os instrumentos permaneçam distintos, propomos a apreciação de outros instrumentos internacionais, além dos mencionados anteriormente, como por exemplo:

The Convention relating to the Status of Refugees; the Convention against Corruption; the Convention the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide; the Convention on the Slavery; the Declaration on the Right of Peoples to Peace; the four Geneva Conventions and their Optional Protocols; the International Convention against Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries; the International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid; the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity; the Rome Statute of the International Criminal Court and other relevant international instruments approved at the international level in the human rights framework; the Convention on Biological Diversity; the Declaration on the rights of peasants and other working in rural areas, besides other Conventions and Recommendations of the International Labour Organization, specially The Indigenous and Tribal Peoples Convention n.169 (1989), marco internacional essencial na proteção de povos indígenas e comunidades tradicionais⁷.

O *Draft 2* também fracassa ao não reafirma os direitos fundamentais de alguns grupos e alguns acordos que devem ser considerados, afirmando apenas a necessidade de promover a igualdade entre homens e mulheres, quando o texto também deve se concentrar em instrumentos relativos aos direitos econômicos, sociais, culturais, políticos e trabalhistas. De qualquer forma, é necessário impor direitos coletivos, como a autodeterminação, o direito ao desenvolvimento e a um ambiente saudável, incluindo, ainda, os direitos dos povos indígenas e das comunidades nativas e a necessidade de promover o progresso social e melhores padrões de vida em maior liberdade, respeitando as obrigações decorrentes de tratados e outras fontes do direito internacional, conforme estabelecido na Carta das Nações Unidas.

Outro problema que não foi resolvido por esta versão do *Draft* é a menção do termo "*all business enterprises*", que sugere - principalmente - a visão dos Estados Unidos e da União Europeia, para incluir uma formulação que ampliaria o alcance do LBI a todas as empresas. No entanto, tal prerrogativa vai em sentido oposto à Resolução 26/9, que é clara sobre o caráter transnacional dessas empresas (ETNs), como mencionado anteriormente.

Novamente, o *draft* do LBI apresenta termos vagos e sem definição que podem prejudicar sua efetividade. É importante que o texto do décimo terceiro parágrafo do preâmbulo seja alterado em sua parte final, removendo a palavra "*directly*" da construção textual: [...] *as well as by preventing or mitigating human rights abuses that are **directly** linked to their operations, products or services by their business relationships [...]*.

A expressão mencionada pode vir a restringir o alcance do documento pois não há definição do que seria "*directly linked*", e a responsabilização de empresas por violações de direitos humanos deveria acontecer a qualquer momento, independente se eles cometeram direta ou indiretamente a violação, seja pelas suas operações, produtos ou serviços nas suas relações empresariais. Nesse sentido, a empresa que obtém lucros sobre a atividade deve assumir responsabilidade sobre toda a cadeia de fornecimento.

⁷ CAMPANHA GLOBAL PARA RECUPERAR A SOBERANIA DOS POVOS, DESMANTELAR O PODER CORPORATIVO E POR FIM À IMPUNIDADE. Treaty on Transnational Corporations and their supply chains with regard to Human Rights. Outubro 2017. p.7. Disponível em: https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2017/10/Treaty_draftEN.pdf

O preâmbulo do *Draft 2* preconiza o desejo de “*clarify and facilitate the effective implementation of State obligations regarding the human rights abuses related to the business activities, and the responsibilities of business in that sense*”. Porém, novamente aqui - e por todo o documento - somente são delegadas funções aos Estados, não havendo imposições diretas a respeito das obrigações das empresas. Essa abordagem, então, contraria a Resolução 26/9 e faz diminuir a efetividade do Tratado na proteção de direitos humanos.⁸

O *draft* manteve também a menção de observância aos *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*. Apesar de entendermos que os Princípios Orientadores foram um passo a ser reconhecido na agenda de Direitos Humanos e Empresas, o objetivo do Tratado é contrapor a sua lógica de voluntariedade e preencher as lacunas através de formas de vincular as empresas diretamente aos Direitos Humanos e responsabilizá-las por suas atividades.

Por fim, outra questão que necessita atenção é a opção realizada pelo Grupo Intergovernamental de utilizar a expressão “*human rights abuses*” em vez de “*human rights violations*”. Este recurso linguístico foi usado ao longo de todo o documento, começando no preâmbulo. No entanto, consiste em uma visão errada das violações, porque embora as ações sejam reconhecidas internacionalmente como “*abuses*”, enfatizamos que sempre que o cenário diz respeito a atividades comerciais prejudiciais e às pessoas afetadas pelo problema, o que está em jogo é a integridade dos direitos humanos, portanto, suas violações - não abusos.

Embora o termo usado quando se fala de ações de uma empresa seja abuso, pelo argumento de ser reconhecido internacionalmente dessa forma, enfatizamos que sempre que falamos de pessoas no contexto de atividades empresariais prejudiciais, o que está acontecendo é a violação de seus direitos, não o abuso. Ao usarmos o termo “*violations*”, implicamos na compreensão de consequências mais severas de quem deveria impedir atividades ilegais, afinal, a violação sofrida pela pessoa afetada é anulada. Reiteramos que a perspectiva que deve prevalecer é sempre a da vítima e não a do violador. Entendemos esse que já está cristalizado no Direito Internacional dos Direitos Humanos, por exemplo com a doutrina da Centralidade do Sofrimento da Vítima no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Finalmente, uma emenda final e necessária seria mudar a expressão existente “*to clarify and facilitate*” para a mais aplicável “*effectively implement*”, e substituir o termo “*responsibilities*” das ETNs por “*obligations*”. Em resumo, estas modificações são importantes para manter a perspectiva da vítima no Tratado e para facilitar seu acesso à reparação.

⁸ GLOBAL CAMPAIGN COMMENTS AND AMENDMENTS TO THE UN BINDING TREATY REVISED DRAFT (DRAFT 1). Fevereiro 2020. P. 4 Disponível em: <https://www.stopcorporateimpunity.org/global-campaign-comments-and-amendments-to-the-un-binding-treaty-revised-draft-draft-1/>.

SEÇÃO I

ARTIGO 1. DEFINITIONS

O objetivo deste artigo é a definição dos conceitos de: vítimas, abusos de direitos humanos, atividades comerciais, atividades comerciais de caráter transnacional, relações comerciais e organização de integração regional.

Em primeiro lugar, rejeitamos uma definição de *victim*, porque este termo pode retirar o protagonismo das pessoas e expressa uma ideia de incapacidade, o que não reflete a realidade. Sendo assim, sugerimos o uso de pessoas e comunidades afetadas⁹.

O *Second Draft* adicionou ao termo "*victims*" (1.1) os danos físicos, mentais, emocionais, econômicos ou prejuízos substanciais de direitos humanos através de atos ou omissões no contexto de atividades transnacionais, que eram parte do termo "*Human rights violation or abuse*" no *Draft One*. Também foi retirada a condicionante de adequação com o direito interno presente no *draft* anterior, e incluiu os familiares próximos ou dependentes direto da vítima, além de pessoas que intervieram para ajudar a vítima em perigo ou para evitar a vitimização, gerando, então, um conceito mais abrangente.

O termo "*Human rights violation or abuse*" presente no *Draft One* foi substituído por "*Human rights abuse*" no *Draft 2*¹⁰. A retirada do termo *violation* pode também ser entendido como uma restrição e, além disso, uma contradição com o próprio documento, afinal, neste novo draft foram abordadas especificamente as empresas estatais, e neste caso, o Estado acaba por ser o violador direto. Não faz sentido, portanto, esta retirada.

No que se refere ao "*business activities*", o artigo 1.3. mantém o alcance a todas as empresas e abrange todo tipo de atividade econômica. Dessa maneira, devido à enorme quantidade de empresas e suas diferentes particularidades, que variam de acordo com tamanho da *supply chain*, da natureza da sua atividade, do seu alcance internacional entre outros, a redação do artigo contribui para a perda da efetividade do Tratado, que deveria estar focado na atuação das ETNs. A questão fere mais uma vez o que foi estabelecido pela Resolução 26/9 e vem sendo amplamente defendido pela Campanha Global, que é o enfoque na responsabilização das transnacionais. Ademais, a composição do artigo não elencou os atos de comissão ou omissão, prerrogativa defendida pela Campanha¹¹.

Foi incorporado ao artigo 1.4 a definição de "*business activities of a transnational character*". Na alínea *b*, o termo "*substantial*" deve ser retirado, uma vez que a mera realização de qualquer atividade em outro Estado que não o de origem da companhia já assinala o caráter de atividade transnacional. Utilizar o termo em questão diminui a responsabilidade das empresas por atividades possivelmente violadoras em Estados que não os de origem. Novamente, tem-se a utilização de termos cujos conceitos não explicitamente definidos podem abrir margem para perda de efetividade do instrumento.

O *Draft 2* retoma o documento dos elementos e o *Draft 0* no artigo 1.5 ao alterar a terminologia "*contractual relationship*" para "*business relationship*", solicitada pela Campanha Global

⁹ GLOBAL CAMPAIGN COMMENTS AND AMENDMENTS TO THE UN BINDING TREATY REVISED DRAFT (DRAFT 1). Fevereiro 2020. p. 5. Disponível em: <https://www.stopcorporateimpunity.org/global-campaign-comments-and-amendments-to-the-un-binding-treaty-revised-draft-draft-1/>.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem. p. 6.

para impedir uma interpretação restritiva do artigo que anteriormente não abarcava os exercícios trabalhistas não-contratuais. Apesar da mudança da nomenclatura, o conteúdo se manteve quase inalterado, apenas sendo acrescentada a inclusão das atividades realizadas por meios eletrônicos. Nessa conjuntura, vale mencionar que problemas como a falta de definições relativas à cadeia de valor foram mantidos. Além disto, propomos uma emenda no artigo 1.5, da seguinte forma:

The term business relationship shall not be restricted to the signing parts of specific contracts or other formal proof and should be interpreted in the most protective manner for the alleged victims under this treaty. This "business relationship" is built upon the joint and several liability between the parent company of a TNC and all entities along their global value chain (as defined in this article), including private and public investors, International Economic and Financial Institutions (as defined below) and banks participating by investing in the production processes, for all of their activities.

Com a recomendação de "*joint and several liability*" integrar o artigo 1.5, a Campanha também gostaria de propor o esclarecimento deste termo, que deve ser especificado em um novo parágrafo, 1.5bis1:

For the purposes of this Treaty, "Joint and several liability" refers to the responsibility that exists between TNCs, all its subsidiaries and their global value chain, including the parent company and private and public investor, the International Economic and Financial Institutions (as defined below) and banks participating by investing in the production processes, for all of their activities.

Com relação à "*global value chain*", a Campanha sugere a inclusão de um novo parágrafo, 1.5.bis2, que deve deixar este conceito bem claro para interpretação futura:

The "global value chain" consists of a group of companies coordinated by a transnational corporation that contribute to the operations of the transnational corporation - from the provision of material, services and funds to the delivery of products for the end user. The global value chain includes affiliates, contractors, subcontractors or suppliers with whom the transnational corporation carries on established business relations. The TNC may exercise influence over a global value chain company depending on the circumstances.

À respeito da "*regional integration organization*" disposta no artigo 1.6, o *Draft 2* traz como novidade o encargo dessas organizações de declararem, através do instrumento formal de confirmação ou adesão, o nível de competência delas em relação a assuntos regidos pelo Tratado e também informar o depositário de qualquer modificação substancial de competência.

Finalmente, esclarecemos as "*International Economic and Financial Institutions*", doravante IFIs, uma definição que deve ser acrescentada em um novo parágrafo, 1.7, conforme proposto:

IFIs include Inter-governmental organizations, the United Nations and its specialized agencies (International Monetary Fund, World Bank), the World Trade Organization (WTO), development, trade and investment banks, regional banks and other international financial institutions.

ARTIGO 2 STATEMENT OF PURPOSE

O *Draft 2* inseriu explicitamente, através do artigo 2.1.a, que o propósito do Tratado é o de regular as "*responsibilities of business enterprises in this regard*", o que se caracteriza como uma pequena melhora em relação à sua redação anterior. Entretanto, ainda não não cumpre com o

mandado da Resolução 26/9 que é o de estabelecer responsabilidades objetivas e concretas às empresas transnacionais. Ao apenas mencionar que as “*business enterprises*” possuem responsabilidades, sem elencá-las ou estabelecê-las de maneira mais contundente, o que reforça o caráter de *soft law* a respeito das obrigações desses agentes privados.

Ademais, a atual redação do *Draft* ainda perpetua a lógica dos *Princípios Orientadores* no artigo 2.1.a, ao estabelecer a ampla responsabilidade de “*respect, protect and promote human rights in the context of business activities*” incumbida aos Estados. Como forma de reforçar as obrigações diretas almejadas por esse LBI, ao artigo 2.1.b deveria ser adicionado “*by establishing concrete obligations to respect human rights for TNCs, in addition to States’ obligations, and by creating effective and binding mechanisms of monitoring and enforceability.*”

Por fim, com o interesse de garantir maior positividade, a expressão “*strengthen*”, presente no artigo 2.1.d, deveria ser substituída por uma semanticamente mais forte como “*guarantee*”, o que demonstraria um caráter mais contundente na prevenção de violações de direitos humanos cometidas pelas empresas transnacionais.

ARTIGO 3. SCOPE

Resumindo esta análise, o escopo do *Draft 2* mantém o alcance às “*all business enterprises*” e “*other business enterprises that undertake business activities of a transnational character*” através do artigo 3.1. Dessa maneira, diminui a eficácia do Tratado ao comparar no plano teórico sujeitos distintos no plano concreto, como as empresas transnacionais e outras empresas, estabelecendo uma tarefa praticamente impossível de alcançar e controlar.

A nova redação do *Draft*, através do artigo 3.2, estabelece que os Estados serão os responsáveis por determinarem as obrigações das “*business enterprises*” de acordo com sua lei interna. Sendo assim, novamente, o texto do documento inclui disposições que são responsáveis por diminuir sua efetividade e impedir a proteção adequada e o acesso à justiça pelas vítimas. O fato de os Estados serem responsáveis por tal incumbência, e não uma Corte Internacional, desconsidera as discrepantes realidades dos mais multifacetados países em termos de proteção de direitos humanos e acesso à justiça. Dessa forma, como já afirmado pela Campanha Global, as ETN’s não podem aproveitar-se de um âmbito nacional frágil na proteção de direitos humanos para esquivar-se de seus deveres e responsabilidades e, portanto, este artigo deve ser modificado.

Ademais, a composição do artigo supracitado não abarca óbices à responsabilização de entes privados, como a lógica da “*race to the bottom*” e da captura corporativa. Nesse viés, um Tratado Internacional em Direitos Humanos e Empresas, a fim de acabar com a impunidade, deveria ater-se a coibir veementemente quaisquer mecanismos que permitam a fuga de responsabilidade pelas empresas transnacionais. Dessa maneira, com o atual texto do artigo 3.2, cada país será responsável por estabelecer obrigações para as empresas, o que se mostra inadequado já que aquelas nações que possuem marcos ineficientes na temática de direitos humanos, ou que tenham suas economias fortemente dependentes das atividades empresariais, ficam vulneráveis a estes empreendimentos e suscetíveis a perpetuação de violações de direitos humanos. E mais: uma vez aprovado o tratado, além da ineficácia nessa matéria ele contribuiria para a manutenção desta perspectiva já que teria legitimidade internacionalmente reconhecida.

Por fim, o artigo 3.3 traz uma ampliação dos documentos internacionais de Direitos Humanos os quais o tratado deve cobrir, o que denota a incoerência com a nomeação de certos documentos no preâmbulo, como já mencionado.

SEÇÃO II

ARTIGO 4. RIGHTS OF VICTIMS

O artigo 4 inicia a segunda seção do Tratado delimitando os direitos das vítimas. O conteúdo presente no artigo sofreu algumas alterações, sendo que algumas de suas antigas disposições foram transferidas para o artigo seguinte, adicionado ao documento como "*Protection of the Victims*", diminuindo, assim, o grande volume de conteúdo presente neste artigo, gerando uma divisão mais articulada, na medida em que a separação proporciona um maior foco do artigo 4 efetivamente nas garantias dos atingidos, e menos nas obrigações diretas do Estado.

Essas mudanças, porém, não resolvem todas as problemáticas anteriormente apresentadas. Nesse sentido, encontra-se ainda a questão de que, no tocante efetivamente aos direitos dos afetados, estes possuem uma amplitude maior do que o que é apresentado no texto. Tal situação, que antes já era considerada como um potencial cerceamento de direitos, quando elencada em um rol de um documento jurídico, como se fosse uma lista de situações a serem garantidas pode abrir precedentes para uma interpretação taxativa do artigo, ou seja, apenas o que está efetivamente disposto deve ser resguardado.

Além disso, percebe-se que dois pontos já criticados anteriormente não sofreram nenhum tipo de mudança, quais sejam: no artigo 2º, alínea "c", fala-se em "*environmental remediation, and ecological restoration*";. Aqui fica claro a pressuposição de que o direito à natureza é passível de restauração ou remediação, posteriormente à perpetração de violações. Contudo, tal disposição já foi objeto de críticas, visto que hoje já se reconhece a falácia desse raciocínio. Porém, mesmo com tais observações feitas com relação ao *Draft One*, as possibilidades foram mantidas.

Ainda, outra questão amplamente debatida em relação ao *Draft* anterior foi a ausência da abordagem da temática que considera captura corporativa. Mesmo com a retirada das próprias obrigações dos Estados do artigo em questão, nele não se encontra nada que implique em atribuição de responsabilidades diretas às empresas, mesmo que essa atribuição já seja inferida de outras esferas do direito internacional, como no relatório da CIDH¹² e sua REDESCA¹³, no âmbito da OEA.

Com relação a críticas também colocadas pela Campanha, antes relativas ao parágrafo 4.6, que agora vem disposto no 4.2, alínea f, refere-se à vagueza da disposição de garantia de acesso à informação relevante. Dessa forma, faz-se necessária a inclusão de prerrogativas que ampliem o escopo de efetividade de tal garantia, por exemplo, impondo que as vítimas possam ter informações legais a respeito de empresas transnacionais, como vistas a efetivamente facilitar a persecução de remédios.

Cabe ressaltar, ainda, que não foi previsto o direito à reparação integral dos atingidos, conceito este já tão solidificado na jurisprudência internacional dos direitos humanos, por exemplo

¹²Empresas y Derechos Humanos: estándares interamericanos <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>

¹³ Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais.

na Corte Interamericana, através da *restitutio in integrum*¹⁴ que além de medidas de restituição e indenização, prevê medidas de reabilitação, satisfação e não repetição.

PROPOSTAS

Com a reestruturação do artigo, o que se procura agora, é a reformulação da ideia de que o direito à natureza pode ser *"restored"*. Ainda, sustenta-se a proposta feita pela Campanha, de alteração, do agora parágrafo 4, f, para:

victims shall be guaranteed access to informations relevant to the pursuit of remedies. **This shall include information relative to all the different legal entities involved in the transnational business activity alleged to harm human rights, such as property titles, contracts, board members, communications and other relevant documents.**¹⁵

Além disso, o artigo 4.2.c deveria ser alterado, considerando o apagamento de *"such as"*, que poderia ser visto como um obstáculo para realmente garantir um acesso adequado à justiça e uma reparação eficaz. Dito isto, a expressão *"including covering expenses for relocation of victims, replacement of community facilities, and emergency and long-term health assistance. Victims shall be guaranteed the right for long-term monitoring of such remedies"* deve ser incluída no final do artigo.

Finalmente, a Campanha propõe um novo parágrafo 4.2, alínea h, garantindo que as vítimas *"have access to independent technical advisory mechanisms that facilitate access to impartial evidence regarding the harm or risk of harm caused by companies"*. Além disso, é proposta a inclusão de um quarto parágrafo, 4.4, assegurando que *"affected individuals and communities have the right to request States parties to adopt precautionary measures related to serious or urgent situations that present a risk of irreparable harm pending the resolution of a case as, for instance in cases of risks of environmental harm."*

ARTIGO 5. PROTECTION OF THE VICTIMS

A adição do tópico *"protection of victims"* em um artigo exclusivo para o tema é uma alteração estrutural em relação ao documento anterior, e demonstra que só o reconhecimento dos direitos dos afetados por violações (descritos no artigo 4) não é suficiente para a garantia deles, sendo necessária a criação de mecanismos jurídicos e estruturais para fazer valer esses direitos. O artigo, que mantém a problemática do termo "vítimas", já debatida, vem composto de três parágrafos, que tratam da necessidade de assegurar às pessoas e comunidades atingidas a proteção na busca da concretização de seus direitos, especialmente no que tange o acesso à justiça. Essa proteção, no entanto, é disposta de maneira vaga, geral e imprecisa, conforme podemos perceber nos dois primeiros parágrafos, não demonstrando como será realizada nem prevendo meios efetivos para sua aplicação.

Em relação ao alcance do artigo, falta o tratamento diferenciado sobre as vulnerabilidades de cada grupo que sofre violações de Direitos Humanos por Empresas em uma abordagem interseccional. Esta ausência demonstra a importância de se avançar na discussão sobre as

¹⁴ Velásquez Rodríguez parágrafo. 26

¹⁵ Global Campaign Comments and Amendments to the unbinding treaty revised Draft (draft 1), p. 8.

individualidades dos atingidos e sua representatividade no Tratado, a fim de se implementar ações destinadas a assegurar as necessidades específicas de cada grupo, como a proteção às vítimas requer.

Há também a necessidade de previsões específicas sobre os defensores de Direitos Humanos e sindicalistas, protegendo sua integridade física e psicológica através de obrigações jurídicas atribuídas ao Estado e às Empresas, visto que o cenário no sul global de assassinato daqueles atores indispensáveis na luta pela defesa de Direitos Humanos, torna necessária especial proteção para este grupo. Além disso, poderia haver parâmetros de conduta para casos de violações de Direitos Ambientais em que os afetados precisassem ser alocados para outra região, garantindo a segurança e o tratamento médico e psicológico deles.

Por fim, devemos perceber que o dispositivo trata apenas sobre a responsabilização dos Estados frente aos atingidos, não estabelecendo qualquer obrigação para as Empresas em relação às pessoas que sofrem as consequências de suas violações. A resistência em prever medidas que viabilizem a atribuição dessas responsabilidades às Empresas está condicionada aos desafios políticos e jurídicos em superar o lobby, a captura corporativa e o poder que estas têm no cenário global. Entretanto, as bases que estruturam a “arquitetura da impunidade” não podem justificar a omissão da responsabilização direta das Empresas em um instrumento normativo que trate de violações aos Direitos Humanos.

É necessário que as garantias do indivíduo e sua comunidade se sobressaiam em todas as esferas da defesa desses direitos, seja na prevenção, mitigação ou reparação dos danos corroborados pelas atividades empresariais, visando sempre a soberania do princípio da Centralidade da Vítima. Espera-se, dessa forma, o estabelecimento de obrigações claras e objetivas, com imposição de sanções bem definidas tanto para Estados quanto para Empresas, a fim de assegurar a plena proteção às vítimas.

PROPOSTAS

A respeito da vagueza do dispositivo, a imposição de obrigações expressas para a preservação das garantias individuais por parte dos Estados e das Empresas deverá perpassar pela criação de políticas públicas que efetivem o seu cumprimento, assegurando a responsabilidade civil, administrativa, trabalhista e criminal de tais entes, tendo como foco assegurar sempre o princípio da Soberania dos Direitos Humanos, assim como as normas de Direito Internacional já consolidadas. Essas políticas deverão resguardar, em todas as esferas os direitos sociais, culturais, civis, econômicos, políticos, laborais, o direito ao desenvolvimento, ao trabalho decente, à autodeterminação e a um meio ambiente equilibrado, bem como reconhecer a necessidade de mecanismos de proteção específicos aos defensores de Direitos Humanos, como propõe a Campanha:

States parties shall take adequate and effective measures to (atualizado: guarantee all rights of persons, groups and organizations that promote and defend human rights and the environment, so that they are able to exercise their human rights free from any threat, intimidation, violence or insecurity. This obligation requires taking into account their international obligations in the field of human rights, and their constitutional principles.) recognize, protect and promote the rights of human rights defenders in environmental matters, including their right to life, personal integrity, freedom of opinion and expression, peaceful assembly and association, and free movement, as well as their ability to exercise their access

*rights, taking into account its international obligations in the field of human rights, its constitutional principles and the basic concepts of its legal system.*¹⁶

A proteção aos atingidos por violações de Direitos Humanos deve abranger o reconhecimento às suas individualidades e vulnerabilidades. Para tanto, é necessário que haja recortes de gênero, raça e classe. Comunidades quilombolas e tradicionais e povos indígenas devem ter reconhecidos e preservados sua cultura, modo de vida, organização social, usos e costumes. As crenças e tradições de todo o grupo deverão ser protegidas.

Além disso, a Campanha sugere a inclusão de um novo parágrafo, 5.4, com foco em mecanismos de respostas emergências, conforme proposto:

States parties shall ensure emergency response mechanisms in case of disasters caused by the action of transnational corporations and other business enterprises of transnational character.

Também se propõe, no artigo 5.3, o acréscimo do dever do Estado em garantir a reparação integral, conforme já foi discutido no artigo anterior. Assim, a redação poderia ser:

State Parties shall investigate all human rights abuses covered under this (Legally Binding Instrument), effectively, promptly, thoroughly and impartially, and where appropriate, take action against those natural or legal persons found responsible, and guarantee access to restitutio in integrum, in accordance with domestic and international law.

ARTIGO 6. PREVENTION

Podemos perceber, no primeiro parágrafo do artigo 6, a manutenção do escopo do Tratado, já criticada na análise do *draft* e neste próprio texto, que abrange “*all the commercial activities*”, sem qualquer diferenciação, tópico que consideramos retrocesso em relação ao *draft* 0. A menção expressa a “*all business enterprises domiciled within their territory or jurisdiction, including those of a transnational character*” parece ainda colocar as empresas que operam dentro do território nacional em primeiro plano. Essa medida contradiz a resolução 26/9, que em nota de rodapé afirma a referência a empresas de caráter transnacional em “*other business enterprises*”, e as expectativas, por parte dos Estados participantes, da sociedade civil e de organizações que estão à frente no processo de produção do Tratado

Tal contradição provoca uma abstração normativa, na medida em que a expansão do alcance do Tratado corrobora com a generalização de suas disposições, provocando um certo esvaziamento sobre a discussão. Não obstante, a ampliação desse escopo, inclusa nas propostas da União Europeia (maioria dos países de origem das ETNs que participam do Tratado) e setores privados, ainda transparece uma captura corporativa da agenda, na medida em que retira do primeiro plano os mecanismos de responsabilização dessas empresas específicas, retirando a efetividade do Tratado.

Evidencia-se que nem mesmo em relação à prevenção são estabelecidas obrigações diretas às empresas. No entanto, prevenir violações é responsabilidade solidária dos agentes. Ao Estado cabe a criação de normas vinculantes de *human rights due diligence*, verificando, regulando e fiscalizando o potencial lesivo das atividades empresariais, e às empresas cabe o dever de acatar tais normas e

¹⁶ Global Campaign Comments and Amendments to the unbinding treaty revised Draft (draft 1), p.9

averiguar o próprio funcionamento, que deverá ser orientado na perspectiva de proteção aos Direitos Humanos. É necessária a criação de seções distintas que versem sobre as obrigações dos Estados e das empresas.

Podemos observar também que, em relação ao *Draft 1*, no primeiro parágrafo do presente documento, há acréscimo sobre a noção de cadeia de valor. Contudo, podemos analisar a falta de disposições para a implementação de mecanismos efetivos que considerem os desdobramentos desse fenômeno em que transitam as dificuldades de responsabilização, como os obstáculos na identificação do vínculo entre a matriz, a filial a as atividades da cadeia; o controle do mercado; a capacidade de redução de custos do que é produzido nas outras partes de sua estrutura e a decorrente precarização do trabalho.

No parágrafo 2, outros tipos de violações, como as trabalhistas, por exemplo, também carecem de tratamento mais efetivo, considerando a flexibilização de regulações trabalhistas de países em desenvolvimento para atrair investimentos de transnacionais, favorecendo a exploração econômica e as condições precárias às quais os trabalhadores são muitas vezes submetidos, o que desencadeia o fenômeno conhecido como “*race to the bottom*”.

No 6.3 c), novamente, temos a utilização de *human rights abuses* quando devia ser *violations*. Nesta disposição, as vítimas são mencionadas diretamente como aquelas que sofrem violações, não abusos. Há a tentativa da descaracterização do fenômeno da violação de direito destes grupos.

Por fim, podemos notar, no parágrafo 4, o incentivo ao compliance. Entretanto, não há parâmetros para que o instrumento seja desenvolvido e utilizado, sendo necessária a existência de obrigações expressas a serem seguidas. A decisão de fazer o compliance ainda é condicionada ao Estado, que na maioria das vezes sofre captura corporativa, o que gera insegurança jurídica para os atingidos. A utilização dos termos “*small*” e “*medium sized*” se manteve, já tendo sido problematizada na análise do Homa referente ao *Draft One* em função de sua imprecisão, se caracterizando como um conceito aberto em relação aos legitimados passivos e ativos e a quem são os titulares das obrigações.

PROPOSTA

O Tratado deve se restringir aos Estados e às Empresas Transnacionais, e estas devem adotar mecanismos de controle, prevenção e reparação capazes de identificar e prevenir violações de Direitos Humanos decorrentes de suas atividades, sem prejuízo de sua responsabilidade caso tais violações venham a ocorrer. As obrigações de prevenção deverão ser expressas para os dois entes, e deverão abranger a criação de vias para a responsabilização extraterritorial, além de dispositivos que assegurem a coerência dos Estados em relação aos acordos de comércio e investimento, bem como o estabelecimento de mecanismos de controle do cumprimento das obrigações assumidas em nível internacional. A responsabilidade das empresas deverá se estender por toda a cadeia de valor, sendo os atingidos considerados em toda a sua cadeia produtiva.

Poderia haver, ainda, um tópico específico sobre o direito da comunidade em que o empreendimento será alocado, sendo ela previamente informada dos riscos envolvidos na atividade antes que a empresa se instale. E que também sejam consultadas para manifestarem o seu interesse ou repúdio, **devendo ter o direito a dizer não**, principalmente em se tratando de comunidades tradicionais.

ARTIGO 7. ACCESS TO REMEDY

O artigo de número 7, também parte da seção II, é uma adição em relação ao *Draft One*, que não apresentava tal construção. Este artigo vem composto de sete parágrafos, sendo que o terceiro deles possui cinco alíneas, todos tratando da necessidade do acesso à uma reparação para as vítimas. Busca ainda assegurar que as leis nacionais não constituam obstáculo para acesso à justiça, fazendo exatamente o oposto, ao atuarem como mecanismos para garantir tal acesso, com facilitação da informação e baixos custos.

O que se pode notar com a instituição desse novo artigo é um certo reconhecimento de que as vítimas, além das violações perpetradas pelas empresas, também são afetadas por ações dos próprios Estados Nacionais que, quando dificultam o acesso aos meios para a reclamação de direitos dos atingidos, perpetuam um processo de cerceamento desses direitos, para o qual a burocracia estatal e a captura corporativa contribuem amplamente. Nesse sentido, no artigo 7, ao procurar uma regulamentação mais eficaz, atribuindo responsabilidades aos Estados para facilitar o acesso, por parte das vítimas, aos remédios para as violações, há um reconhecimento implícito que a falta de mecanismos ou de mecanismos eficazes, é uma grande barreira para a articulação das vítimas.

Contudo, o artigo não é isento de críticas, visto que enfatiza, logo no primeiro parágrafo, o incentivo à medidas “não-judiciais”. Nesse caso, a problemática envolve o fato de que a disparidade entre as vítimas e as empresas transnacionais é imenso, uma vez que as últimas têm muito mais poderio econômico-financeiro e até político. Para exemplificar uma situação de medidas não judiciais que demonstram a inefetividade das mesmas, toma-se o caso das TACs do caso do rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, no ano de 2015, que desencadearam uma situação na qual os atingidos até hoje não receberam as devidas reparações, mas a empresa se valeu da existência dos acordos extrajudiciais para conseguir uma não-responsabilização efetiva. Com isso, termina-se por enfatizar uma revitimização

Outra questão que não vem abordada nesse *Draft*, e conseqüentemente no artigo em questão, é a inclusão do princípio da centralidade do sofrimento da vítima, que constitui importante base para a temática de direitos humanos, e que já foi tema abordado em várias oportunidades anteriores, inclusive pela Campanha, em tentativa de chamar atenção para a importância de se colocar o sujeito que sofreu as violações no centro dos debates de direito internacional. É importante destacar que a base desse direito deve ser, também, a proteção dos indivíduos, seja frente às violações estatais ou de empresas, que são, via de regra, sujeitos numa relação de poder muito maior. Dessa forma, também na esfera da OEA, a Corte IDH já tem atuado no sentido de reconhecimento desse princípio, demonstrando que o cenário internacional já está tomando consciência da necessidade de priorização das vítimas.

O artigo 7, contudo, faz -breve- porém importante, menção à vedação do *forum non conveniens* tema que tem sido incansavelmente discutido, visto que os Tribunais Nacionais frequentemente rejeitam ações sob esta doutrina. Não há menção, contudo, ao *forum necessitatis* neste documento, o que pode tornar a discussão sobre a problemática da extraterritorialidade bem incompleta.

Também não há previsto neste artigo um mecanismo que possa mitigar a captura corporativa das estruturas domésticas do Estado e evitar a não-responsabilização e não-reparação. Tal menção seria imprescindível.

Aqui, fica dado que o artigo traz a questão da criação de mecanismos não judiciais de maneira mais desenvolvida, é cabível a proposta da Campanha, que antes se dirigia ao artigo quarto, que busca a criação de uma cláusula de segurança que visa assegurar que, em caso de prosseguimento com tais mecanismos, estes não constituam objeções ao acesso dos detentores de direitos ao meio judicial. Bem como assegurar que terceiros possam submeter reclamações em nome das vítimas, com seu consentimento, a menos que a ausência deste possa ser justificada, de forma que a totalidade do texto seria algo no seguinte sentido:

PROPOSTA

Victims shall be guaranteed the right to submit claims to the courts and State-based non-judicial grievance mechanisms of the State Parties. Where a claim is submitted by a person on behalf of victims this shall be with their consent, unless that person can justify acting on their behalf **without a written/formal consent**. State Parties shall provide their jurisdiction in accordance with this (Legally Binding Instrument), as applicable, in order to allow for victim's access to adequate, timely and effective remedies, ensuring a fair and impartial system of assessment and quantification of damages, independent from the influence of the entities that caused them ¹⁷

Além disso, a Campanha sugere a inclusão de um novo parágrafo, 7.8, assegurando o princípio de *in dubio pro persona*:

States shall guarantee that if there is any doubt about the implementation of the LBI, people and communities that have been or are affected or threatened by the activities of transnational corporations and other business enterprises of transnational character will enjoy the widest protection of their rights.

ARTIGO 8. LEGAL LIABILITY

No primeiro tópico é dito que os países têm que estruturar as responsabilidades legais das pessoas físicas e jurídicas. Esta é a lógica que se repete desde o *Draft Zero*¹⁸ e ao longo dos dispositivos seguintes do novo *Draft* e é problemática por si só por contrariar o objetivo central do Tratado: criar um mecanismo internacional e vinculante que permita a responsabilização de empresas transnacionais.

Sobre as mudanças trazidas pela nova versão, as mais expressivas são em relação aos parâmetros a serem considerados pelas legislações nacionais, principalmente por terem de abarcar também as relações derivadas das cadeias de valor que, embora não sejam explícitas, o texto permite que sejam alcançadas. Não obstante, recomenda-se fortemente que essa menção à responsabilização sobre toda a cadeia de valor seja expressa no artigo 8.7.

¹⁷ Global Campaign Comments and Amendments to the unbinding treaty revised Draft (draft 1), p. 9.

¹⁸ Para os propósitos deste trabalho o *OEIGWG Draft "Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the activities of transnational corporations and other business enterprises"* será chamado de "*Draft Zero*" e pode ser encontrado em: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/DraftLBI.pdf>.

Anteriormente, o Estado deveria escolher quais empreendimentos estariam inseridos nas suas leis nacionais, mas, da maneira como está, entende-se que a estas leis deverão responsabilizar não apenas empresas domiciliadas ou que atuam dentro do território ou jurisdição, mas também aquelas incluídas nas suas “*business relations*”. Esta ideia está presente nos itens **8.1** e **8.7** sendo que este último menciona que poderá haver responsabilização destas entidades mesmo nos casos em que o dano era previsível, mas a companhia não tomou as medidas necessárias para evitá-lo, criando assim um dever de *due diligence* a ser entendido. Entretanto, repete-se a extensão a todas as empresas, quanto deveria ser restrito apenas às transnacionais, como já dito.

Proposta da Campanha

8.1. *State Parties shall hold liable, even for the complicity, collaboration, instigation, incitement or concealment, the International Financial Institutions that have provided any kind of financial support to transnational corporations and other business enterprises of transnational character responsible for human rights violations, including through their business relationships and global value chain.*

Proposta

8.7. *States Parties shall ensure that their domestic law provides for the liability of legal or natural or legal persons conducting **transnational** business activities **along the supply chain**, for their failure to prevent another legal or natural person with whom it has a business relationship, from causing or contributing to human rights abuses, when the former legally or factually controls 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 **transnational** business activities, character, or in their business relationships, but failed to put adequate measures to prevent the abuse.*

Outra alteração é a inclusão da perspectiva de gênero no item **8.5** que devia mencionar ainda outros grupos vulneráveis que carecem de proteções adequadas às suas particularidades.

O mesmo artigo coloca que se uma pessoa física ou jurídica é declarada como responsável por uma violação e deve reparar a vítima, a pessoa em questão deve compensar a afetada ou compensar o Estado, se este já tiver reparado o afetado. Tal provisão é inadequada. Quem deve ter o dever primário de reparar as vítimas é o próprio violador, ou seja, no caso do presente Tratado, as empresas transnacionais.

Ademais, se o Estado de fato arcar com os ônus envolvidos em medidas emergenciais, por exemplo, neste caso, deveria de fato ser compensado, mas isto não exclui a reparação eficaz que as vítimas precisam receber no tempo justo.

Proposta

8.5. *States Parties shall adopt measures necessary to ensure that their domestic law provides for adequate, prompt, effective, and **adequate to the victims needs and vulnerabilities, such as gender, race, sexual orientation and if they had substantial life changes** reparations to the victims of human rights abuses in the context of **transnational business** character, in line with applicable international standards for reparations to the victims of human rights violations. Where a legal or natural person conducting business activities is found liable for reparation to a victim of a human rights abuse, such person shall provide reparation to the victim and compensate the State, if that State has already provided reparation to the victim for the human rights abuse resulting from acts or omissions for which that legal or natural person conducting business activities is responsible.*

O tópico 8.6, por sua vez, poderia ser uma boa fonte de obrigações para as empresas, mas precisa adequar a linguagem e o foco: é preciso colocar que as companhias transnacionais devem manter fundos para o caso haja a necessidade de compensação. Esta é uma forma de garantir que a empresa possivelmente será responsabilizada e funciona como um dever pois o empreendimento deve adotar um determinado comportamento para poder operar. No entanto, o *draft* diz que “*The State shall*”, o que tira obrigatoriedade de que o poder público implante esta medida no seu território e desconsidera que os países dependentes das empresas, justamente os que mais precisam de um Tratado internacional vinculante, terão dificuldades de implementar uma previsão como essa.

Proposta

8.6. TNC shall establish and maintain financial security, such as insurance bonds or other financial guarantees to cover potential claims of compensation and judicial costs.

O tópico 8.8 também exclui a possibilidade de que a existência da due diligence seja usada como fator para a absolvição do violador, seja pessoa física ou jurídica, fazendo o julgador avaliar em conjunto com outras evidências. Poderia, contudo, excluir que programa de compliance seja usado para determinar a responsabilidade que precisa ser objetivamente aferida.

Proposta da Campanha

8.8. The parent and outsourcing companies assume several and joint liability with their subsidiaries and the legal persons with whom they have business relationships and/or which are part of their global value chain regarding the obligations established in this (Legally Binding Instrument). The obligation to assume this liability shall be directly applied by judges in cases in which the existing legal framework in force in the home and/or host states in which the affected persons or communities are based is not adequate for the implementation of this (Legally Binding Instrument).

Embora tenha apresentado modificações em relação à versão anterior, ainda há muito a ser melhorado. As Cadeias de Valor poderiam ter recebido uma menção mais direta e que abordasse as suas particularidades que levam à impunidade, e as pessoas físicas mereciam um tratamento mais adequado, pois deve considerar se há o elemento da voluntariedade distintivo das ações humanas e das ações tomadas enquanto parte de uma pessoa jurídica.

Além disso, este é mais um artigo que não contribui para a proteção dos países mais economicamente vulneráveis e dependentes de agentes externos para movimentar as suas economias.

ARTIGO 9. ADJUDICATIVE JURISDICTION

O primeiro dispositivo trata das demandas judiciais das vítimas e tornou-se mais abrangente por permitir que sejam interpostas ações em razão de ações ou omissões que tenham causado ou que possam causar violações de Direitos Humanos. Contudo, nos incisos, a possibilidade de a demanda ser submetida no domicílio da vítima (antigo 7.1. a) **foi substituída pelo “lugar onde o abuso de Direitos Humanos ocorreu” (9.1.a)**, na prática, esta mudança pode dificultar o acesso à justiça, na medida em que os afetados poderão encontrar dificuldade para se locomover de um local ao outro e nesse caso, o que ressalta a importância de que o fundo implementado no artigo anterior seja uma obrigação.

Ademais, a utilização do termo "*human rights abuse*" no artigo 9.1 não faz sentido, pois aqui se trata da vítima, e as vítimas sofrem violações de seus direitos, não abusos. Como já discutido antes neste texto, isso pode causar uma descaracterização do fenômeno da violação do direito humano, além de que o tratado agora faz referência a empresas estatais, e, neste caso, o Estado seria o violador. Sugere-se trocar *abuse* por *violation*.

A Campanha propõe a inclusão dos artigos 9.1.d e 9.1.e:

d. "The legal or natural persons conducting business activities of transnational corporation alleged to have committed, including through their business relationships and global value chain, such acts or omissions in the context of business activities are domiciled; or"

e. "The Companies that have business relationships with the transnational corporation alleged to have committed such acts or omissions in the context of business activities, are domiciled."

No dispositivo seguinte, **9.2**, no qual são colocados os critérios para determinar o domicílio da empresa, deveria ter sido incluído também o local onde está o patrimônio da ETN, dessa forma, no caso de uma possível execução, o processo poderá ser resolvido com maior celeridade.

2. Without prejudice to any broader definition of domicile provided for in any international instrument or domestic law, a legal person conducting business activities of a transnational character, including through their business relationships or global value chain, is considered domiciled at the place where it has its:

a. patrimony (não está mais na nova versão do template)

b. place of incorporation; or

c. statutory seat; or

d. central administration; or

e. principal place of business; (substituir por or substantial business interests)

Este artigo trás mais uma referência explícita ao uso do "*forum non conveniens*" no item **9.3**, como argumento para um Tribunal não poder rejeitar uma causa submetida pelas vítimas, porém sugere-se uma menção a uma proibição mais explícita, ainda que a mesma possa ser inferida, é importante não deixar margem nesse contexto. Ainda, poderia haver menção expressa ao "*forum necessitatis*".

Segundo esta doutrina um Tribunal é capaz de determinar-se competente para julgar um caso mesmo sem uma relação direta com a causa,¹⁹ desse modo, é a mais ajustada aos Direitos Humanos. A lógica decorrente seria inversa: o julgador deverá considerar primariamente os interesses dos atingidos ao determinar o foro do caso o que implicaria na análise da eficiência do marco normativo e em qual deles será atendido em maior medida o acesso à justiça

Proposta

9.3. *A court cannot decline its jurisdiction to hear a case on the basis that there is another court that also has jurisdiction (forum non conveniens), especially when the alleged perpetrator has assets or substantial interests under the jurisdiction of the state of the court receiving the specific complaint (forum necessitatis).*

A determinação do foro nos casos de violações de Direitos Humanos por empresas deve levar em consideração o acesso à justiça e o conjunto de fatores envolvidos em todo o contexto da

¹⁹ ROLAND Manoela C., SOARES, Andressa O., A Essencialidade do instituto da jurisdição extraterritorial no tratado internacional sobre Direitos Humanos e Empresas.

jurisdição. Vale dizer que se entende que não apenas as previsões legais e jurisprudenciais são vitais nesse processo, mas também passa pela capacidade das instituições, que devem ser robustas o suficiente para conduzir investigações, determinar a proteção necessárias as vítimas mesmo durante o processo e a possibilidade de execução da sentença.

Todos esses fatores não estão presentes em sua maior potencialidade em todas as jurisdições, daí a necessidade de que exista a extraterritorialidade no Tratado e que esta seja adequada aos Direitos Humanos.

ARTIGO 10. STATUTE OF LIMITATIONS

O artigo teve poucas alterações em comparação a sua versão anterior, desse modo, reitera-se a mesma crítica já feita: as violações de Direitos Humanos cometidas por empresas transnacionais não devem ser prescritas por se tratarem de danos aos bens mais caros a comunidade internacional. Deve ser retirado o termo "*most serious crimes*", pela sua falta de definição e possibilidade de interpretações que enfraqueçam a efetividade do documento. Além disso, também o tempo razoável deve ser uma regra geral e aplicável a todos os casos e é preciso retirar a menção à legislação nacional.

Um aspecto que poderia ser aproveitado para o aprimoramento da capacidade do futuro tratado em se conciliar com a maior gama possível de tratados internacionais de Direitos Humanos, seria a reprodução do dispositivo referente à responsabilidade criminal das empresas, quando o instrumento incentiva que os Estados aperfeiçoem suas legislações internas a fim de contemplarem tal espécie de responsabilidade. Tal disposição deveria ser aplicada para prever um esforço de internalização de normas de proteção dos Direitos Humanos em geral. Seria a mesma lógica.

Da maneira como foi colocada, existe uma brecha para a impunidade e é preciso haver garantias de que as demandas serão seriamente enfrentadas e remediadas, principalmente considerando que há uma disparidade de poder entre afetados e ETNs.

Proposta

10.1. The States Parties to the present (Legally Binding Instrument) undertake to adopt any legislative or other measures necessary to ensure that statutory or other limitations shall not apply to the prosecution and punishment of all violations of international human rights law, Labor rights, Environmental norms, and humanitarian law.

10.2 Domestic statutes of limitations applicable to civil claims or to violations that do not constitute the most serious crimes of concern to the international community as a whole shall allow a fair and adequate period of time for the investigation and commencement of prosecution or other legal proceedings, particularly in cases where the violations occurred in another State or when the harm may be identifiable only after a long period of time.

ARTIGO 11. APPLICABLE LAW

A maior mudança neste artigo foi a retirada do local de domicílio das vítimas, ponto já discutido acima. No entanto, os maiores problemas não foram resolvidos em relação ao documento anterior.

O Tratado deve ser um instrumento que colabore para a supremacia dos Direitos Humanos frente aos tratados de investimentos, desse modo, nos casos em que houver conflitos de legislações e competência, o que deve ser usado primordialmente é a legislação mais adequada e a que atende em maior medida os Direitos Humanos e conseqüentemente, aos interesses da vítima.

Proposta

11.1. The choice of applicable law shall always be in accordance with the provisions regarding the primacy of human rights over trade and investment agreements and the ones that better protect the affected people rights.

ARTIGO 12. MUTUAL LEGAL ASSISTANCE AND INTERNATIONAL JUDICIAL COOPERATION

O artigo 12 do *Draft 2* versa sobre a assistência legal mútua e sobre a cooperação judicial internacional, isto é, sobre a possibilidade de trocas de informações entre Estados e do alcance extraterritorial de sentenças. A partir da leitura do artigo, depreende-se que seu conteúdo foi pouco alterado, sendo mantidos problemas estruturais presentes nos *Drafts* anteriores e indo de encontro ao modelo de Tratado elaborado pela Campanha Global.

A condicionante de adequação com o direito interno e de não prejuízo à lei doméstica - questões responsáveis por diminuir o escopo do artigo - mantêm-se inalteradas nos artigos 12.3.xi e 12.4. A este respeito, todas as referências a "*consistent with domestic law*", assim como a estrutura "*any other type of assistance that is not contrary to the domestic law of the requested State Party*" devem ser eliminadas. Além do mais, o artigo 12.9.c, ao aludir sobre os casos de recusa à assistência legal mútua, conserva o interesse da manutenção da "*ordre public*" como possibilidade de negação de um julgamento. Sendo assim, este artigo deve ser retirado, uma vez em que desvaloriza a supremacia dos direitos humanos frente aos interesses da ordem pública, quando, na verdade, um Tratado de Direitos Humanos e Empresas deveria afirmar a supremacia desses direitos sobre qualquer outra norma e firmar seu compromisso na luta contra a impunidade das ETNs.

Além do mais, o artigo 12.3 determina que a concessão de assistência legal mútua será determinada pelos Estados envolvidos, caso a caso. Nesse viés, o artigo foge do sentido de ser do Tratado, que é a formulação de normas vinculantes e de cumprimento obrigatório sobre Direitos Humanos e Empresas. Sendo assim, normas baseadas no critério da voluntariedade ou em qualquer outro que dê margem para a perpetuação da impunidade das ETNs devem ser desconsideradas. Por fim, mais uma vez, o texto do Tratado prossegue silente quanto a possíveis problemas enfrentados por Estados com instituições mais frágeis, como a captura corporativa. Assim, este desafio, já entendido pela Campanha Global como reprodutor de violações de direitos humanos, deve ser legislado no Tratado a fim ser coibido.²⁰

²⁰ GLOBAL CAMPAIGN COMMENTS AND AMENDMENTS TO THE UN BINDING TREATY REVISED DRAFT (DRAFT 1). Fevereiro 2020. p. 10.

ARTIGO 13. INTERNATIONAL COOPERATION

O artigo 13 do *Draft 2* trata sobre a cooperação internacional e, apesar de não constar com substanciais mudanças em relação ao *Draft One*, traz alguns novos pontos a serem discutidos. É inalterada a manutenção da lógica de delegação de obrigações somente aos Estados a partir do artigo 13.1, não havendo sequer menção ao papel das empresas no processo, fato que contribui para a fuga de responsabilidade desses agentes e contraria as diretrizes emanadas do documento de Elementos e as discussões da Campanha

Deve-se salientar, ainda no artigo 13.1, a mudança na terminologia “*commitments*” para “*obligations*”, o que demonstra a iniciativa na intenção de estabelecer uma lógica menos voluntarista no Tratado. No entanto, a mudança não tem utilidade se forem mantidas - como estão - as delegações de responsabilidades somente para os países, e não para os verdadeiros autores de violações de direitos humanos, que são as empresas transnacionais.

Além do mais, também houve, através do artigo 13.2.c, a inclusão da “*raising awareness about the rights of victims of business-related human rights abuses and the obligation of States*”. Tal medida é positiva, no entanto, não há elementos suficientes para que se possa de fato compreender como esta proposta será desenvolvida. Nesse sentido, seria imprescindível, de maneira a aumentar a eficiência do texto que, além da conscientização, projetos objetivos para manifestar a responsabilização das empresas violadoras de direitos humanos fossem implementados

Por fim, o artigo 13.2.e prevê a contribuição dos Estados para a criação de um Fundo Internacional para as Vítimas de violações de direitos humanos. Vale mencionar que o planejamento deste Fundo é um avanço no acesso à reparação para as vítimas e deve ser mantido no texto. Porém, ao incumbir aos Estados a obrigação de contribuição financeira, e não às empresas, o instrumento se desvia do seu projeto de responsabilização das transnacionais ao assentir que as reais violadoras de direitos humanos permanecerão impunes.

ARTIGO 14. CONSISTENCY WITH INTERNATIONAL LAW PRINCIPLES AND INSTRUMENTS

O artigo 14 do *Draft 2* disserta a respeito da consistência com os princípios e instrumentos da lei internacional. Neste ponto, o atual texto do *Draft* mantém a lógica da preservação incondicionada da soberania dos Estados e de sua jurisdição, prerrogativa que se distancia do proposto pela Campanha e pelo documento Elementos para o Tratado Internacional sobre Empresas Transnacionais e outros negócios e Direitos Humanos.

Assim, o artigo 14.1 estabelece que os Estados-parte devem cumprir suas obrigações referentes ao Tratado de maneira a respeitar integralmente a soberania, a igualdade e a não intervenção nos assuntos internos dos outros Estados. Nesse sentido, tal tópico é gravoso num Tratado cuja intenção é acabar com a impunidade das violações de direitos humanos perpetradas por empresas transnacionais, visto que submete a cooperação e a extraterritorialidade à soberania de um Estado e, assim, limita a eficácia do documento. Vale ainda ²¹ressaltar que a Campanha, ao tratar da

²¹ Mais informações disponíveis em: <http://homacdhc.com/wp-content/uploads/2020/01/Cadernos-de-Pesquisa-An%C3%A1lise-do-Draft-One-Retificado.pdf>, p. 24.

negociação desta legislação internacional, é contrária à soberania estatal ilimitada, defendendo uma soberania dos povos

O *Draft 2*, através do artigo 14.2, exclui a possibilidade da aplicação de mecanismos de jurisdição extraterritorial, o que é responsável por restringir o acesso à justiça por parte das vítimas. Tal restrição vai de encontro ao incentivo apresentado pelo Tratado na facilitação da cooperação entre os Estados, uma vez que precariza as disposições internacionais de Direitos Humanos por deixar a cargo dos países o estabelecimento - conforme sua legislação interna - de como essa cooperação se dará. Nesse sentido, mais uma vez, deve-se salientar a preocupação com países cujos marcos normativos não são tão taxativos na defesa de direitos humanos, deixando aberta uma lacuna para a falta de responsabilização das ações violadoras de direitos humanos cometidas pelas ETNs.

Por fim, o artigo 14.5.a estabelece que os Estados não podem se valer de outros instrumentos que diminuam a efetividade de suas obrigações fixadas pelo Tratado. A resolução supracitada é positiva, porém, faz poucas contribuições concretas caso não ocorra a extensão desta lógica às empresas, tais como parceria público-privadas e contratos através da afirmação da supremacia hierárquica dos direitos humanos.

SEÇÃO III

ARTIGO 15. INSTITUTIONAL ARRANGEMENTS COMMITTEE

Novamente, o documento trás a previsão do Comitê, mas ele se mantém como um mecanismo frágil, se analisada a impunidade estrutural da qual desfrutam as empresas, especialmente transnacionais, a despeito de todas as normas internacionais e nacionais já implementadas.

É fundamental a definição clara de critérios para a escolha dos possíveis indicados pelos Estados para comporem o Comitê, os quais, por exemplo, não poderiam ser ligados ao setor empresarial. Faz-se necessária, igualmente, a previsão, ao menos, de um Protocolo Facultativo para o recebimento de denúncias individuais e coletivas, e a abertura do debate, mesmo que com uma cláusula de negociação futura, sobre uma Corte Internacional, cuja viabilidade histórica foi tão bem retratada em artigo de 2016 já referido nesse documento, além de apresentada como proposta por diversos atores durante as sessões de negociação.

CONCLUSÃO

É possível depreender, a partir da leitura do documento, que a responsabilidade primária de *“respect, protect, fulfil and promote human rights”* ainda está delegada aos Estados. Nesse sentido, o *Draft 2* mantém a lacuna sobre a atribuição de responsabilidades e obrigações diretas para os agentes privados, o que seria fulcral num Tratado de Direitos Humanos e Empresas, visto a capacidade já reconhecida pela doutrina internacional e por inúmeros instrumentos de direito internacional de violações de direitos humanos perpetradas por entes corporativos. Além do mais, seria necessário ressaltar no documento que não existe diferente gradação de responsabilidade entre Estados e empresas, mas sim uma soma de responsabilidades e, portanto, as empresas também estão sujeitas

à obrigações. Ainda, as empresas transnacionais não precisam ser reconhecidas como sujeitos de Direito Internacional para serem responsabilizadas pelas suas atividades.

A inclusão referente à temática de gênero pode ser considerada uma conquista no texto do *Draft 2*. Nesse sentido, foi acrescentada a ênfase na atenção à perspectiva de gênero em consonância da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulheres, a Declaração de Pequim, a Plataforma de Ação e outros estándares internacionais relevantes na temática. Apesar desse acréscimo, não foi traçado um panorama de como se dará esse destaque, faltando uma normatização mais enfática para garantir que a disposição seja realmente cumprida e não se torne apenas um objeto de retórica. Ademais, outros grupos vulneráveis, tais como “*children, indigenous peoples, persons with disabilities, migrants refugees, and other persons in vulnerable situation*” foram somente citados, o que não garante a proteção integral de seus direitos. Sendo assim, indica-se que sejam apresentadas medidas mais específicas para cada grupo vulnerável de forma a efetivar a segurança de todos os portadores de direitos das mais variadas nuances.

Outras omissões relevantes também são identificadas no texto do *Draft 2*. Nessa perspectiva, o documento atual mantém a ausência de menções ao princípio da centralidade do sofrimento da vítima, um tema essencial no Tratado, já que é necessário visar a plena satisfação dos interesses dos afetados e o acesso a reparações. No entanto, ela suprime a afirmação da supremacia dos direitos humanos em relação aos acordos comerciais e de inversão - que também é uma questão central para evitar que interesses econômicos e corporativos se sobreponham aos direitos humanos do povo - o que seria essencial para evitar a admissão da possibilidade de violações de direitos humanos para justificar benefícios econômicos. Assim, torna-se essencial incorporar ao Tratado a superioridade hierárquica das normas de direitos humanos sobre acordos comerciais e de inversão.

Vale mencionar que a questão da fuga de responsabilidade das empresas quanto às violações de direitos humanos e a captura corporativa são aspectos essenciais que também não foram considerados na elaboração do documento. Dessa maneira, devem ser implementadas no texto proposições quanto às responsabilidades independentes de Estado e empresa, sendo que esta última não se pode valer de um âmbito nacional frágil em proteção de direito humanos para continuar impune. Já no que se refere à captura corporativa, mediante a assimetria econômica, jurídica, política e institucional de alguns Estados e ETNs, medidas devem ser apresentadas para coibir que pautas advindas de entes privados penetrem nas esferas públicas a fim de comprometer o gozo de direitos humanos.

O escopo permaneceu em “*all business*”, o que acaba por diminuir significativamente a efetividade do documento, conforme discutido ao longo do texto. Lacuna expressiva também se manifesta na total ausência de *mecanismos de enforcement*. Não há qualquer menção à possibilidade de ser constituída uma Corte, e o Comitê apresentado aparenta ser muito frágil, e sem nenhum mecanismo para impedir conflito de interesses e manter a lisura dos membros. Não há sequer previsão de recebimento de denúncias.

Considerando os pontos percorridos ao longo de toda a análise e resumidos nestes últimos parágrafos, podemos concluir que o *Draft 2* incorporou algumas sugestões realizadas por Estados e sociedade civil, porém permanece insuficiente em seus elementos principais. Com o novo texto, o Tratado parece regular muito mais outras empresas, mas perde sua capacidade de regular empresas

transnacionais. Sendo assim, parece não ser capaz de alterar a atual perspectiva e providenciar uma proteção real dos Direitos Humanos, não cumprindo seu propósito previsto na Resolução 26/9.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | REFERENCES | REFERENCIAS

- Angelucci, P. D. & Roland, M. C. (2016). *O Processo de elaboração do Tratado de Direitos Humanos e Empresas: uma oportunidade de superação da perspectiva estadocêntrica adotada pelo Direito Internacional Público*. XXV Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Curitiba - PR. Available at: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2017/03/O-PROCESSO-DE-ELABORA%C3%87%C3%83O-DO-TRATADO-DE-DIREITOS-HUMANOS-E-EMPRESAS-1.pdf>. Accessed July, 05, 2021.
- Aragão, D. M. & Roland, M. C. (2017). The Need for a Treaty: expectations on counter hegemony and the role of civil society. In *Building a Treaty on Human Rights: context and contours*. Cambridge University Press.
- Correa, C. M. (2016). *Scope of the Proposed International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with respect to Human Rights*. South Centre, Police Brief.
- Deva, S. (2004). Acting Extraterritorially to Tame Multinational Corporations for Human Rights Violations: Who Should 'Bell the Cat'?. *Melbourne Journal of International Law*, 37. Available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2004/2.html>. Accessed July, 05, 2021.
- Gallegos, L. & Uribe, D. (2016). *The Next Step against Corporate Impunity: A World Court on Business and Human Rights?*. Harvard International Law Journal. Vol. 57 Online Symposium. Available at: <https://harvardilj.org/2016/07/the-next-step-against-corporate-impunity-a-world-court-on-business-and-human-rights/>. Accessed July, 05, 2021.
- Global Campaign to Reclaim Peoples Sovereignty, Dismantle Corporate Power and Stop Impunity. (2017). *Global Campaign Comments and amendments to the UN Binding Treaty Revised Draft (Draft 1)*. Available at: <https://www.stopcorporateimpunity.org/global-campaign-comments-and-amendments-to-the-un-binding-treaty-revised-draft-draft-1/>. Accessed July, 05, 2021.
- Global Campaign to Reclaim Peoples Sovereignty, Dismantle Corporate Power and Stop Impunity. (2017). *Treaty on Transnational Corporations and their supply chains with regard to Human Rights*. Available at: https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2017/10/Treaty_draft-EN1.pdf. Accessed July, 05, 2021.
- Guamán, A. (2018). *El Draft 0 del Binding Treaty: crítica jurídica y propuestas en el camino a la cuarta sesión del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales ETN y otras empresas con respecto a los derechos humanos*. In. Cadernos de Pesquisa Homa. vol. 1, n. 6. Available at: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2020/01/An%C3%A1lise-do-Draft-One-EN.pdf>. Accessed July, 05, 2021.
- United Nations Human Rights Council. (2014). *A/HRC/RES/26/9 Resolution*: Available at: <https://www.ihrb.org/pdf/G1408252.pdf>. Accessed July, 05, 2021.
- United Nations Human Rights Council. (2018). *Zero Draft*. Available at: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>. Accessed July, 05, 2021.
- United Nations Human Rights Council. (2020). *Report on Sixth Session*. Available at: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgontnc.aspx>. Accessed July, 05, 2021.
- United Nations Human Rights Council. (2020). *Second Revised Draft* Available at: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session6/Pages/Session6.aspx>. Accessed July, 05, 2021.

- Roland, M. C. & Soares, A. O. (2020). A Essencialidade do instituto da jurisdição extraterritorial no tratado internacional sobre Direitos Humanos e Empresas. In: *Direitos Humanos e Empresas: responsabilidade e jurisdição*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido.
- Roland, M. C. & Soares, A. O. (2020). Retos para la aprobación de un tratado sobre Derechos Humanos y empresas en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. In: *Desafíos para la regulación de los Derechos Humanos y las empresas: ¿Cómo lograr proteger, respetar, y remediar?*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Roland, M. C., Soares, A. O., Brega, G. R., Oliveira, L. de S., Carvalho, M. F. C. G. & Rocha, R. P. (2018). Cadeias de Valor e os impactos na responsabilização das empresas por violações de Direitos Humanos. *Cadernos de Pesquisa Homa, 1 (5)*. Available at: <http://homacdhe.com/wpcontent/uploads/2018/08/Cadernos-de-Pesquisa-Homa-Cadeias-de-Valor.pdf>. Accessed July, 04, 2021.
- Roland, M. C., Soares, A. O., Brega, G. R., Braga, L. D., Carvalho, M. F. C. G. & Rocha, R. P. Draft One Analysis. (2019). *Cadernos de Pesquisa Homa, 2 (8)*. Available at: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2020/01/An%C3%A1lise-do-Draft-One-EN.pdf>. Accessed July, 04, 2021.
- Roland, M. C., Aragão, D. M., Angelucci, P. D., Neto, A. A., Galil, G. C. & Lelis, R. C. (2018). Desafios e perspectivas para a construção de um instrumento jurídico vinculante em direitos humanos e empresas. *REVISTA DIREITO GV | SÃO PAULO, 14 (2)*, p. 393-417. Available at: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n2/1808-2432-rdgv-14-02-0393.pdf>. Accessed July, 05, 2021.
- Zubizarreta, J. H. & Ramiro, P. (2016). *Against the "Lex Mercatoria": proposals and alternatives for controlling transnational corporations*. Madrid: OMAL. Available at: http://omal.info/IMG/pdf/against_lex_mercatoria.pdf. Accessed July, 04, 2021.
- Zubizarreta, J. H. & Ramiro, P. (2008). La responsabilidad social corporativa y las empresas transnacionales: de la ética de la empresa a las relaciones de poder. *Revista de Relaciones Laborales, Lejona, 2 (19)*, p. 17-49. Available at: https://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/2648. Accessed July, 05, 2021.
- Zubizarreta, J. H. (2017). *El Tratado Internacional de los Pueblos para el Control de las Empresas Transnacionales: Un análisis desde la sociología jurídica*. Available at: <http://www.relats.org/documentos/GLOB.Zubizarreta3.pdf>. Accessed July, 03, 2021.
- Zubizarreta, J. H. (2016). El Tribunal Internacional para el control de las empresas transnacionales y los derechos humanos. *Transnacionales y Derechos Humanos Alai no 520*.

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

**Agência de Fomento
Fundação Ford Brasil**

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 de São Paulo

Maria Fernanda Campos Goretti de Carvalho

Graduada em Direito, pesquisadora associada ao 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

Tradução

Davi Marcenés Cunha

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