



CENTRO DE
DIREITOS HUMANOS
E EMPRESAS

TRATADO SOBRE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS: DUAS QUESTÕES PRINCIPAIS

COORDENAÇÃO: PROF.^A DR.^A **MANOELA CARNEIRO ROLAND**
SUPERVISÃO: PROF.^A MS.^A **PAOLA DURSO ANGELUCCI**

PESQUISADORES:

ARINDO AUGUSTO DUQUE NETO

LAÍSSA DAU CARVALHO

MARIA FERNANDA CAMPOS GORETTI DE CARVALHO

INTRODUÇÃO

A potencial elaboração de um Tratado sobre Direitos Humanos e Empresas levanta algumas questões nebulosas tanto para a academia quanto para a sociedade civil. Objetivando auxiliar na qualificação das análises sobre o tema a nível nacional, o **Homa** se propõe a apresentar uma série de *papers* com breves comentários acerca de alguns dos pontos mais relevantes.

Iniciando esta proposta, abordaremos dois problemas neste trabalho: i) o reconhecimento das empresas transnacionais enquanto sujeitos do Direito Internacional, diretamente responsáveis por violações aos Direitos Humanos; ii) o escopo de responsabilização destas empresas, discutindo a inclusão, neste aspecto, de todos os direitos humanos ou somente de *gross violations*.

As hipóteses analisadas têm como ponto de partida a aprovação da Resolução 26/9 pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU em junho de 2014, que estabeleceu o Grupo de Trabalho para a elaboração de um instrumento vinculante sobre Direitos Humanos e Empresas. A primeira delas diz respeito à possibilidade de reconhecimento das empresas transnacionais como sujeitos de direitos e deveres perante o Direito Internacional, passíveis, portanto, de responsabilização diante da violação de Direitos Humanos. Neste caso, indivíduos prejudicados poderiam exigir diretamente das

empresas a reparação de forma independente da atuação dos Estados, que agem como intermediários neste processo. Ou seja, não caberia somente ao Estado zelar pelos deveres decorrentes das normas internacionais de direitos humanos, controlando e sendo responsabilizados pelas atividades das empresas. As próprias transnacionais assumiriam este papel, podendo ser responsabilizadas por violações relacionadas à toda a sua cadeia de produção, estabelecida em qualquer território.

A segunda hipótese analisada busca definir o escopo de direitos que o Tratado sobre Direitos Humanos e Empresas deve abarcar: deve limitar-se às chamadas *gross violations* ou incluir todos os direitos humanos? Qual das duas opções traria maior efetividade ao novo instrumento? Ou qual das duas realmente estenderia a proteção aos indivíduos para além da existente atualmente?

Tanto a discussão sobre a possibilidade de admissão das transnacionais enquanto sujeito de direitos e *deveres* quanto a incerteza sobre o escopo do Tratado dividiu boa parte da produção acadêmica relacionada ao tema, como veremos ao longo deste trabalho.

TRANSNACIONAIS ENQUANTO SUJEITOS DE DEVERES?

Existe uma resistência na academia à responsabilização direta das empresas basea-

da na afirmação de que somente os Estados, enquanto sujeitos formais de direito internacional, poderiam ser diretamente responsabilizados pela violação dos direitos humanos previstos em Tratados. Outro argumento neste sentido diz respeito à questão da soberania dos Estados, visto que a responsabilização das empresas poderia entrar em conflito com a jurisdição estatal sob um determinado território.

Tradicionalmente, o Direito Internacional era feito por Estados e para Estados¹. Seu objetivo principal era trazer alguma ordem para as relações interestatais. Procurava-se regular os interesses dos Estados, como fronteiras e limites marítimos, privilégios diplomáticos e imunidades, disputas legais entre Estados, reconhecimento de Estados e Tratados. Até a II Guerra Mundial, internacionalistas acreditavam que o Direito Internacional poderia ser aplicado apenas a Estados e que apenas estes poderiam ser sujeitos de direito².

Todavia, após a Segunda Guerra, tornou-se mais aceito que sujeitos não-estatais, incluindo corporações e indivíduos, possam fazer parte do sistema legal internacional enquanto sujeitos de direitos e deveres. Um

momento de mudança de paradigma foi o Tribunal de Nuremberg, em que, pela primeira vez, indivíduos foram responsabilizados em um Tribunal Internacional, expandindo a noção tradicional de sujeitos de direito internacional.

De toda forma, mesmo antes deste período, já encontramos exemplos de responsabilização de agentes não-estatais. Jennifer Martinez, pesquisadora da *Stanford Law School*, publicou um detalhado artigo³, que mais tarde se tornaria livro, relatando que, entre os anos de 1817 e 1871, tratados bilaterais entre a Grã-Bretanha e vários outros países, incluindo os EUA, levaram ao estabelecimento de Cortes Internacionais para a supressão do tráfico de escravos. Essas foram as primeiras Cortes Internacionais de Direitos Humanos. Eram constituídas de juízes de diferentes países e tinham a finalidade explícita de promover objetivos humanitários. Apesar de quase completamente ignorado por historiadores e internacionalistas, este acontecimento indicou uma mudança de perspectiva no sistema internacional, em que o indivíduo passa a ser visto como sujeito a ser tutelado pelo Direito Internacional.

Ainda na esteira de responsabilização de entes não-estatais, um importante exemplo é o Tribunal Penal Internacional (TPI). Se-

¹ LOPEZ, Carlos. **International talks on a treaty on business & human rights: A good start to a bumpy road**. Business & Human Rights Resource Centre. Disponível em: <http://business-humanrights.org/en/international-talks-on-a-treaty-on-business-human-rights-a-good-start-to-a-bumpy-road>

² INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. **Beyond Voluntarism: human rights and the developing international legal obligations of companies**. Versoix, Switzerland. 2002. Disponível em: http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/F7FA1F4A174F76AF8525741F006839D4-ICHRP_Beyond%20Voluntarism.pdf

³ MARTINEZ, Jennifer (Jenny) S., **Anti-Slavery Courts and the Dawn of International Human Rights Law**. *Yale Law Journal*, Vol. 117, p. 550, Fall 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=984077>

gundo Nadia Bernaz⁴, durante a elaboração do Estatuto de Roma, cogitou-se responsabilizar as empresas por crimes internacionais. Tal proposta não foi totalmente rejeitada, contudo, não foi incluída no Estatuto final. Este processo de não inclusão da responsabilidade das corporações colocou em cheque a ideia de que as corporações pudessem ser, de fato, detentoras de deveres perante o Direito Internacional.

Em outras palavras, observa-se que a abertura anterior referente à ampliação dos sujeitos de direito internacional, verificada no momento em que os indivíduos passam a figurar neste sentido, foi interrompida durante a elaboração do Estatuto de Roma. Perdeu-se ali a oportunidade de ampliação do conceito a fim de incluir as corporações.

Todavia, importa esclarecer que, ainda que a responsabilização das empresas tivesse sido incluída no Estatuto de Roma, tal inclusão não contemplaria a proteção de *todos* os direitos humanos - o que entendemos ser necessário para uma efetiva proteção dos indivíduos perante as empresas. De acordo com a perspectiva adotada no momento da elaboração do Estatuto, somente *gross violations* (como, por exemplo, crimes de guerra e direito humanitário) seriam incluídas enquanto condutas capazes de gerar responsabilização. No entanto,

tal previsão, ainda que incompleta, teria marcado os primeiros passos no sentido de considerar as empresas como sujeitos de deveres em âmbito internacional.

Atualmente, o processo de elaboração do tratado corresponde justamente a uma reabertura da janela de oportunidade para a inserção da responsabilidade das corporações por violações de direitos humanos. Muitas corporações detêm elevado poder econômico, a ponto de rivalizarem com Estados. Além disso, como bem apontado por Chip Pitts⁵, dentro do sistema legal internacional, as corporações gozam de inúmeros privilégios. Podemos citar como exemplo o direito à propriedade intelectual (acordo TRIPs) e o direito - enquanto investidores - de processar diretamente os Estados em cortes arbitrais estabelecidas por tratados bilaterais de investimento (BITs).

Esta posição privilegiada é reforçada em países emergentes, onde as instituições são frágeis e o Estado é frequentemente conivente com os abusos das empresas. Como destaca Surya Deva⁶, o afrouxamento da fiscalização nestes Estados decorre do temor de que ir de encontro às transnacionais, exigindo rigor no cumprimento das leis, pode afastar futuros investimentos necessários para o desenvolvimento local.

⁴ BERNAZ, Nadia. **Including Corporate Criminal Liability for International Crimes in the Business and Human Rights Treaty: Necessary but Insufficient**. Disponível em: <http://business-humanrights.org/en/including-corporate-criminal-liability-for-international-crimes-in-the-business-and-human-rights-treaty-necessary-but-insufficient>

⁵ PITTS, Chip. **For a Treaty on Business & Human Rights**. Disponível em: http://international.nd.edu/assets/133586/remarks_pro_treaty_by_chip_pitts.pdf

⁶ DEVA, Surya. **Corporate Human Rights Violations: A Case for Extraterritorial Regulation**. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2195887

Deva menciona, ainda, outros fatores, como a ausência de um regime jurídico plenamente desenvolvido, as dificuldades financeiras do Estado, a corrupção e a dependência das cortes.

Um outro aspecto abordado pelo autor e que explica a presença dominante das empresas transnacionais nestes Estados refere-se aos baixos padrões de proteção ambiental e trabalhista presentes na maioria dos países emergentes. Estas circunstâncias atraem as transnacionais que, como explica Pinheiro⁷, buscam vantagens comparativas para a produção em grande escala, o que envolve cadeias produtivas espalhadas por diversos territórios incapazes de controlar a violação de direitos humanos.

No sistema jurídico internacional, não há impedimento formal para que as Transnacionais sejam consideradas sujeitos *de deveres*. A resistência a esta mudança de paradigma está, na verdade, relacionada à prática tradicional do Direito Internacional, bem como a questões políticas e econômicas. Além disso, apesar das dificuldades formais em se classificar as transnacionais no contexto internacional como sujeitos de direitos ou deveres, o fato é que existem mecanismos dentro do direito internacional passíveis de atingi-las diretamente⁸ como, por exemplo, a *Convenção Internacional so-*

bre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo, que estipula que o proprietário de um navio - este podendo ser uma empresa - "*será responsável por qualquer dano a poluição causada por óleo que tenha fugido ou sido descarregado do navio como resultado do incidente*"⁹. Além desse, outro instrumento internacional em que pode ser vista a possibilidade de responsabilização de corporações é a *Convenção sobre a Responsabilidade Civil pelos Danos Resultantes de Atividades Perigosas para o Ambiente*, que prevê que o operador de uma atividade perigosa - que poderia também ser uma empresa - "*deve ser responsabilizado pelos danos causados pela atividade como resultado de incidentes na época ou durante o período em que ele estava exercendo o controle daquela atividade*."¹⁰

Afinal, como foi mencionado, as transnacionais já atuam enquanto sujeitos *de direitos*. Por esta razão, Chen¹¹ destaca que internacionalistas como Surya Deva e Chip Pitts consideram *assimétrica* tanto a relação entre direitos e obrigações das corporações no Direito Internacional quanto a relação entre as vítimas de violações de direitos humanos e as empresas violadoras. O Tratado viria, portanto, para balancear esta

⁷ PINHEIRO, Sílvia. *A Empresa Multinacional e seu novo papel na promoção do desenvolvimento sustentável*. Revista Ética e Filosofia Política. N° 13. Volume 2. Junho de 2011.

⁸ DEVA, Surya. *The Human Rights Obligations of Business: Reimagining the Treaty Business* (2014);

⁹ *International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage*, U.N. Doc. 973 U.N.T.S. 4 (adopted on 29 November 1969, entered into force on 19 June 1975), art. III(1) read with art. I(2)/(3).

¹⁰ *Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment*, CSTS No. 150 (adopted 21 June 1993), art. 6(1) read with art. 2(5)/(6).

¹¹ CHEN, Si. P.58. *Towards a Business and Human Rights Treaty*. Oslo: University of Oslo. 2015.

posição de extremo poder das transnacionais no sistema jurídico internacional.

Chen esclarece, ainda, que considerar apenas os Estados enquanto sujeitos *de deveres* pode tornar o Tratado mais palatável internacionalmente, visto que é compatível com a tradição do sistema global. Todavia, o próprio autor esclarece que um instrumento vinculante que se limite a apenas listar as obrigações dos Estados no sentido de regular a atividade empresarial dentro de seus territórios, pouco irá acrescentar à proteção dos direitos humanos, visto que esta exigência já está prevista em diversos tratados sobre o tema.

Além disso, como afirma Selvanathan¹², não parece justo (e nem eficaz) que seja exigido dos Estados o controle de transnacionais em territórios em que o poder estatal não consegue se colocar com a mesma relevância que o capital destas empresas. Backer¹³ aponta no mesmo sentido ao afirmar que o Tratado seria justamente uma maneira de dar voz a Estados pequenos e em desenvolvimento. Ou seja, ao contrário do que alguns opositores do Tratado afirmam, isto seria uma forma de assegurar, e não de ameaçar, a frágil soberania destes países.

¹² SELVANATHAN, Puvan J. **The Business and Human Rights Treaty Debate: Is Now the Time?**. The Kenan Institute for Ethics, Janeiro de 2015.

¹³ BACKER, Larry Catá. **Considering a Treaty on corporations and human rights: mostly failures but with a glimmer of success**. CPE Working Paper 6/1, Junho de 2015.

O ESCOPO DO TRATADO: *TODOS OS DIREITOS HUMANOS OU APENAS GROSS VIOLATIONS?*

A inclusão de *gross violations*, apenas, faz parte de uma abordagem que se considera mais eficaz e consistente com a realidade do direito corporativo internacional. Esta visão pragmática, notadamente presente na elaboração dos *Guiding Principles* de Ruggie, aposta em uma conciliação entre os interesses empresariais e um lento processo de reformulação da responsabilidade internacional das empresas.

Todavia, as constantes e impunes violações de direitos humanos verificada nas cadeias globais de produção produz vítimas que clamam por uma urgente mudança na forma como os Estados toleram e são, muitas vezes, coniventes com os abusos das transnacionais.

Aceitar que o Tratado inclua somente a responsabilização por *gross violations* pode ser tanto uma maneira de garantir maior adesão dos Estados quanto uma forma de perpetuar a impunidade das empresas. Como afirma Darcy¹⁴, ainda que sejam vítimas de violações consideradas "*menos sérias*", os indivíduos que tiveram seus direitos humanos violados merecem, tanto quanto as vítimas de *gross violations*, o reconhecimento do fato e a sua reparação.

¹⁴ DARCY, Shane. **Key Issues in the debate on a binding business and human rights instrument**. Geneva for Human Rights. Abril de 2015.

Além disso, a responsabilização focada, por exemplo, somente em crimes cometidos pelas empresas, colocaria maior ênfase em direitos políticos e civis, deixando de lado anos de esforço para o avanço na garantia dos direitos sociais e econômicos.

Questiona-se, por outro lado, se a elaboração de um Tratado que incluía a responsabilização pela violação de todos os direitos humanos não significaria a inclusão de normas excessivamente abstratas, incapazes de regular as situações concretas. Darcy¹⁵ apresenta um argumento contrário, ao afirmar que vários tratados de direitos humanos estabelecem proteções gerais e princípios, que são, posteriormente, desenvolvidos pela atividade jurisprudencial. Como exemplo, o autor cita a Convenção Europeia, cujo conteúdo foi desenvolvido, por décadas, pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Outro ponto importante diz respeito à caracterização dos direitos humanos. Como enfatiza Deva¹⁶, tais direitos são indivisíveis, interdependentes e correlacionados, de modo que não é possível uma hierarquia entre eles: todos são igualmente importantes, assim como também o são as vítimas de sua violação. Assim, considerando que as atividades empresariais podem violar qual-

quer um destes direitos, não nos parece legítimo elencar apenas alguns como suficientemente relevantes para a previsão no Tratado.

Ainda argumentando a favor de um Tratado que incluía todos os direitos humanos, Deva destaca que estes direitos não são negociáveis. Desta forma, não podem depender do consentimento, da boa vontade ou mesmo da capacidade que as empresas afirmem ter para assumir a obrigação de protegê-los. No mesmo sentido, o autor observa que os interesses das vítimas, enquanto sujeitos de direitos humanos, deve ser o ponto central de qualquer sistema regulatório – são as pessoas e não as empresas que devem ser priorizadas, completando que a observância e respeito aos direitos humanos deveriam constituir pré-requisitos para se ter o privilégio de conduzir negócios em nossa sociedade.

CONCLUSÕES

Ainda que não exista consenso acadêmico acerca da classificação das empresas enquanto *sujeitos de direitos e deveres formais*, é evidente que, a despeito do atraso na atualização teórica do termo, as empresas são mais que meros atores coadjuvantes no cenário internacional. A concretude do poder econômico e, portanto, da influência destes sujeitos em todas as instâncias governamentais – incluindo a elaboração normativa – não pode ser ignorada por uma

¹⁵ DARCY, Shane. **Key Issues in the debate on a binding business and human rights instrument**. Geneva for Human Rights. Abril de 2015.

¹⁶ DEVA, Surya. **The Human Rights Obligations of Business: Reimagining the Treaty Business** (2014); DEVA, Surya. **Corporate Human Rights abuses and International Law: Brief comments** (2015).

análise meramente formal da adequação das empresas enquanto responsáveis pelas violações de direitos humanos.

Adotada há quase 70 anos, a Declaração Universal de Direitos Humanos - uma das peças centrais da estrutura normativa das Nações Unidas - traz em seu preambulo a necessidade de que *todos os órgãos da sociedade* se esforcem para que os ideais delineado em seus artigos sejam atingidos. Alegar que, segundo o direito internacional tradicional, as transnacionais não podem figurar enquanto *sujeitos de direitos e deveres* nos parece não apenas um argumento fraco, mas um real descompasso com uma realidade que há muito vem sendo alterada pelo papel central destes atores na dinâmica global. Não é mais condizente com o tempo atual desconsiderar o impacto das atividades empresariais e a massiva violação de direitos humanos delas decorrentes.

Uma questão formal, como é o caso dessa nomenclatura, não pode ficar no caminho da efetiva concretização dos direitos humanos. Afinal, tal questão não foi levada em conta quando, em inúmeros acordos bilaterais, as empresas tiveram seus direitos garantidos perante os Estados, sem que, por outro lado, os indivíduos tivessem esta mesma garantia perante as atividades empresariais. Isto indica uma incorreta valorização dos negócios em detrimento da dignidade humana, da qual deriva todo o catálogo de direitos que conhecemos.

E é justamente para preservar a base deste fundamento filosófico e universal dos direitos humanos que não se pode admitir a seleção de apenas alguns destes direitos enquanto tuteláveis pelo Tratado. Afinal, neste caso, estaríamos admitindo a existência não só de uma hierarquia entre os direitos humanos, mas também entre as vítimas de violação.

Finalmente, podemos apontar para a suspeita de que a negociação do Tratado é dificultada muito mais por questões políticas e econômicas do que por impedimentos legais. A divisão de posicionamento entre países desenvolvidos e em desenvolvimento é, inclusive, um sinal neste sentido. Os países com um sistema normativo mais frágil e que dependem mais fortemente do capital das transnacionais são, afinal, os mais propensos a verificar a importância de um Tratado sobre Direitos Humanos e Empresas. Isto porque se percebem incapazes de controlar as violações em território nacional, assim como são também reféns dos interesses empresariais em qualquer âmbito de atuação.