

08

Vol. II

Cadernos de Pesquisa



eISSN 2595-5330

Análise do *Draft One*: avanço ou retrocesso?

CENTRO DE
DIREITOS HUMANOS
E EMPRESAS



FORDFOUNDATION

Capa: edição e montagem de Gabriel Lima Miranda Gonçalves Fagundes

Cadernos de Pesquisa - Homa

Vol. 02, n. 08 (Outubro de 2019)

Juiz de Fora: Homa, 2019. Semestral.

Direito – Periódicos

eISSN: 2595-5330

Universidade Federal de Juiz de Fora

Rua José Lourenço Kelmer, s/n – Campus Universitário

Bairro São Pedro – CEP: 36036-900 – Juiz de Fora – MG

CNPJ: 21.195.755/0001-69

ROLAND, Manoela C., SOARES, Andressa O., BREGA, Gabriel R., BRAGA, Lucas D., CARVALHO, Maria Fernanda C. G., ROCHA, Renata P. Análise do *Draft One*: avanço ou retrocesso?. In. Cadernos de Pesquisa Homa. vol. 2, n. 8, 2019.

COORDENAÇÃO

Prof^a Dr^a Manoela Carneiro Roland

DIAGRAMAÇÃO

Gabriel Lima Miranda Gonçalves Fagundes

AUTORES

Andressa Oliveira Soares

Gabriel Ribeiro Brega

Lucas Duarte Braga

Maria Fernanda Campos Goretti de Carvalho

Renata Paschoalim Rocha

O Homa, Centro de Direitos Humanos e Empresas da UFJF, membro da Campanha Global para Reivindicar a Soberania dos Povos, Desmantelar o Poder Corporativo e Acabar com a 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 *Draft One*². Esta análise se apresenta como uma 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, em especial quando comparado ao estabelecido anteriormente pelo *Draft Zero*³.

O envolvimento da Organização das Nações Unidas (ONU) com a temática de Direitos Humanos e Empresas 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 voluntarista, 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.

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 deste trabalho o OEIGWG Revised Draft on the “Legally Binding Instrument to Regulate, in Internacional Human Rights Law, the activities of transnational corporations and other business enterprises” será denominado “Draft One”, e pode ser encontrado em: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf

³ Para os propósitos deste trabalho o OEIGWG Draft on the “Legally Binding Instrument to Regulate, in Internacional 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>.

Como resultado de negociação, obteve-se os denominados Elementos para o Tratado Internacional sobre Empresas Transnacionais e outros negócios e Direitos Humanos⁴, elaborados pelo *Open-Ended Intergovernmental Working Group (OEIGWG)*, e no dia 16 de julho de 2018 foi apresentado o denominado *Draft Zero*. Exatamente um ano depois foi publicado o *Draft One*.

Nas páginas seguintes, pretende-se analisar a evolução do processo de negociação da construção normativa nas Nações Unidas da agenda de Direitos Humanos e Empresas, através da análise do conteúdo do *Draft One*, especialmente quando comparado ao *Draft Zero* e tendo o “*Treaty on Transnational Corporations and their supply chains with regard to Human Rights*”⁵, elaborado pela “Campanha Global para Reivindicar a Soberania dos Povos, Desmantelar o Poder Corporativo e Acabar com a Impunidade (Campanha Global)” como parâmetro desejável de proposta, tendo sido esse documento já analisado em trabalho anterior. No que tange aos aspectos considerados essenciais, e também condicionantes para uma efetiva prevenção das violações de Direitos Humanos e para a responsabilização de empresas transnacionais pelas mesmas, oferecemos propostas para a redação desses principais conteúdos, tais como alcance do tratado, conceito de empresas transnacionais e relações contratuais, obrigações diretas para empresas transnacionais, natureza da responsabilidade, cooperação internacional e remédios.

1. ANÁLISE

Apresentado pelo Equador, país que vem liderando o processo de negociação, o *Draft One* configura-se como uma continuação do processo de elaboração de um instrumento internacional vinculante, resultado da Resolução 26/9⁶ do Conselho de Direitos Humanos da ONU. O documento possui estrutura e escrita superior ao *Draft*

⁴ Para os propósitos deste artigo, os Elementos para o Tratado Internacional sobre Empresas Transnacionais e outros negócios e Direitos Humanos será denominado como Elementos e pode ser encontrado em: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs.pdf

⁵ Um dos grandes trabalhos da Campanha é o “*Treaty on Transnational Corporations and their supply chains with regard to Human Rights*”, disponível em: https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2017/10/Treaty_draft-EN1.pdf

⁶ Disponível em: <https://www.ihrb.org/pdf/G1408252.pdf>

Zero, porém não resolve alguns problemas já apresentados pela sociedade civil e países quando da divulgação e discussão da versão anterior. O documento é dividido em um preâmbulo e outras três partes, possuindo um total de vinte e dois artigos. A seção I possui apenas três artigos. A seção II, mais extensa, abarca nove artigos, que discorrem sobre diversos tópicos, como direitos das vítimas de violações, jurisdição, prevenção, entre outros. Para finalizar, na seção III se encontram as disposições institucionais, com dez artigos. É importante ressaltar que o *Draft One* não possui seções que especifiquem obrigações dos Estados e obrigações das Transnacionais, possuindo um foco muito claro nas obrigações estatais. No decorrer das análises apresentaremos propostas para modificações específicas em alguns dispositivos que consideramos essenciais para que o Tratado cumpra a sua finalidade, constituindo-se em um instrumento que coíba violações de Direitos Humanos, e ainda responsabilize eficazmente as empresas transnacionais quando cometê-las.

PREÂMBULO

O *Draft One* trouxe o preâmbulo em separado, como deve ser, corrigindo assim o erro do *Draft Zero*, que inseriu o preâmbulo em seu artigo 1. Além disso, o instrumento passou a ser denominado como instrumento vinculante, e não como convenção, como estipulava o *Draft Zero*. Apesar da mudança estrutural, o conteúdo da seção original foi essencialmente mantido, com poucos acréscimos.

Ao iniciar a análise do documento, percebe-se que o *Draft One*, assim como o documento anterior, não possui uma seção de princípios, o que seria imprescindível em um Tratado de Direitos Humanos e Empresas. O preâmbulo do Draft traz previsões a serem observadas pelos Estados que se tornarem parte do Tratado - sem menção às Empresas Transnacionais. Dessa forma, faz-se necessária a recuperação dos princípios já presentes nos Elementos, especialmente no que tange à supremacia dos Direitos Humanos sobre tratados de investimento ou outros acordos de cunho econômico; nos Elementos, um dos princípios apresentados reconhecia a supremacia dos Direitos Humanos sobre qualquer acordo de comércio e/ou investimento (p. 3). Esse ponto não chega a ser mencionado no *Draft One*.

O artigo 13 do *Draft Zero* ainda mencionava o ponto em questão, porém com uma redação que busca relativizar a supressão do postulado da supremacia dos Direitos Humanos frente à tratados de investimento e comércio.

Já no modelo de Tratado proposto pela Campanha, as disposições sobre o tema são mais impositivas, estabelecendo que os Estados que forem partes do Tratado reconhecem a primazia dos Direitos Humanos sobre qualquer outro instrumento legal, especialmente os relacionados a investimentos e comércio (p.14).

Além disso, Estados já obrigados em acordos de comércio e investimentos estariam subordinados às obrigações estabelecidas no Tratado. Olivier de Schutter (2017, p.2), em suas críticas aos Elementos, primeiro documento apresentado pelo governo do Equador, em 2017, como referencial inicial para as negociações do Tratado, destaca que, além dos princípios então já existentes nos elementos, deveria ter sido mencionada a Resolução 25/25, da Assembleia Geral da ONU de 24/10/1970, que arrola os princípios gerais do Direito Internacional Público. O autor aponta também ser contra a utilização do termo “*primary responsibility*” (or *primacy of the State*), pois dá a entender que se o Estado não tem um ambiente nacional permissivo ao cumprimento das obrigações, a empresa não terá responsabilidade nenhuma (p.3).

Essa é uma questão chave: a necessidade de responsabilizar diretamente as empresas pelas violações cometidas. Nos Elementos, apesar de encontrarmos a expressão “*primary responsibility*” dos Estados, são várias as citações às responsabilidades das Empresas, em exemplo:

TNCs and OBEs, regardless of their size, sector, operational context, ownership and structure, shall comply with all applicable laws and respect internationally recognized human rights, wherever they operate, and throughout their supply chains (p.6)

Ainda, no documento da Campanha, são diversas as exposições sobre a responsabilidade das Empresas, estipulando que mesmo que os Estados possuam “*primary obligation*” de respeitar, proteger e garantir direitos humanos e que terceiras partes os respeitem, as TNC’S também possuem a obrigação (termo essencial) de respeitar e proteger direitos humanos (p.7).

É preciso ressaltar a responsabilidade independente entre estado e empresas. O Conselho de Direitos Humanos deveria inovar justamente nesse sentido, referendando os Tratados já existentes e exigindo que as empresas os cumpram, mesmo que o Estado em que ela se localiza não o tenha ratificado. As empresas não podem se beneficiar de um âmbito nacional frágil em relação a proteção dos direitos

humanos, visto que muitas das vezes são transnacionais e mais poderosas que estas nações. É esse cenário que alimenta o fenômeno chamado de “race to the bottom”.

Cabe destacar ainda que não é necessário que as Empresas Transnacionais se tornem sujeitos do Direito Internacional. Seriam entendidos apenas como sujeitos de deveres⁷, responsabilizáveis em razão do risco inerente das suas atividades e de seu caráter transnacional.

Reforçando este entendimento, o sistema interamericano, em sua jurisprudência recente, reconhece que as empresas possuem obrigação de respeitar direitos humanos. Apesar da Corte Interamericana não possuir jurisdição para responsabilizar empresas, em um dos seus casos mais recentes, Lagos del Campo vs. Perú⁸, foi reconhecido que direitos humanos devem ser respeitados também por entes privados. Podemos ainda mencionar outros Tratados e Convenções, tais como a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar; Convênio de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços dos Rejeitos Perigosos e sua Eliminação; Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, Convenção sobre Direitos das Crianças, dentre outros.

Muito se questionava na doutrina se reconhecer essa obrigação direta das empresas não reconheceria as empresas como titulares de direitos humanos. A Corte Interamericana afastou também essa possibilidade em sua Opinião Consultiva 22/16, na qual afirmou que apenas indivíduos poderiam ser considerados vítimas no sistema interamericano, pois existem direitos que são intrinsecamente ligados à dignidade humana. Contudo, como as empresas são titulares de inúmeros outros direitos nas legislações internas dos países membros da Corte, reconhecer a obrigação da empresa em respeitar os direitos humanos não viola o binômio dever-direito⁹.

Outros pontos merecem destaque no preâmbulo do *Draft One*. No seu parágrafo 13, o texto reconhece a importância da atuação de defensores de direitos humanos, estipulando a necessidade de proteção de sua integridade e da viabilidade do trabalho exercido. Contudo, não aponta um mecanismo expresso de proteção e não impõe obrigações definidas e objetivas quanto a proteção da vida e do trabalho dos

7 Tal conceito já foi abordado em trabalho do Homa sobre obrigações dos Estados de Origem, disponível em: <http://homacdh.com/wp-content/uploads/2016/06/AS-OBRIAC%CC%A7O%CC%83ES-DOS-ESTADOS-DE-ORIGEM.pdf> acesso em: 08/10/2019.”

8 Caso Lagos del Campo VS. Perú (2017) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf

9 Op. Consultiva 22/16 http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf

defensores, se tornando assim uma disposição genérica e sem grandes chances de efetividade. Já no parágrafo 14, é ressaltado que atividades empresariais podem impactar de maneiras muito diferentes grupos específicos, como mulheres e crianças, sendo necessária uma proteção diferenciada levando em conta suas circunstâncias únicas. Assim, fazemos a seguinte proposta de conteúdo que poderiam estar presentes no Preâmbulo:

PROPOSTA

Reconhecendo-se também a supremacia dos Direitos Humanos sobre todos os acordos de comércio e de investimento; Reconhecendo-se a necessidade de cumprimento, tanto por Estados, como por Empresas Transnacionais (ETNs) dos Tratados de Direito Internacional de Direitos Humanos, assim como seus princípios norteadores; Erigindo-se como fundamento desse instrumento internacional de proteção, o princípio da centralidade do sofrimento da vítima, assim como o acesso à justiça e o devido processo legal, configurando o conceito de “acesso à justiça ampliado” como normas cogentes (*jus cogens*).

SECTION I

ARTICLE 1. DEFINITIONS

O primeiro artigo do *Draft One* busca delimitar cinco conceitos: vítimas, violações ou abuso de direitos humanos, atividade comercial, relação contratual e organização de integração regional. Essa estruturação difere-se da estabelecida no *Draft Zero*, que trazia as definições apenas de vítimas e atividades empresariais. No que tange estes pontos, o conteúdo foi mantido. Sugeriríamos a modificação do termo “vítimas” por pessoas e comunidades atingidas, e vemos como necessária um maior aprofundamento acerca da conceituação de “relações comerciais”. O parágrafo 4 do artigo, apesar de incluir uma ampla variedade de possíveis violadores, apresenta uma terminologia genérica, incapaz de abarcar toda a complexidade da atuação das Empresas Transnacionais e todos os envolvidos em sua Cadeia de Valor.

A Campanha, em seu documento já referido “*Treaty on Transnational Corporations and Their Supply Chains with Regard to Human Rights*” conceitua

expressamente uma série de termos, dentre os quais estão “*supply chain*” e “*transnational corporation*”.

Desse modo, para que o Tratado seja efetivo, é necessário que este traga uma clara conceituação de “Cadeias de Valor”, sendo a mais adequada aquela apontada pelo documento da Campanha, a saber:

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. (p. 9)

Outro ponto essencial a ser mencionado é a ampliação do alcance do tratado quando da delimitação de agentes violadores de direitos humanos, no ponto 1.2. O texto ampliou o escopo do tratado, que antes abarcava as Transnacionais, para todas as empresas, algo que ainda será trabalhado ao longo do texto. Assim, a proposta alternativa de redação seria:

TRECHO DO DRAFT ONE

“Human rights violation or abuse” shall mean any harm committed by a State or a business enterprise, through acts or omissions in the context of business activities, against any person or group of persons, individually or collectively, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their human rights, including environmental rights.

PROPOSTA

No art. 1.1 deve-se modificar a expressão ‘vítimas’, por pessoas ou comunidades afetadas, suprimindo a condicionante de adequação com o direito interno prevista no art.1, parágrafo 2; devem ser retiradas as definições de “atividades empresarias” e “relações contratuais”, estabelecendo-se a definição de “cadeias de valor, descrita acima, além da definição de Empresas Transnacionais, suprimindo a menção a “*all business*” no alcance do Tratado, incluindo-se as empresas transnacionais ou de atividade transnacional, empregando-se, em toda a sua cadeia de valor, a responsabilidade solidária entre a empresas matriz e as outras entidades

empresariais constitutivas da cadeia, sobre as quais, ainda, a empresa matriz poderia exercer um controle direto, indireto, financeiro, ou de outra natureza.

ARTICLE 2. STATEMENT OF PURPOSE

O artigo 2 estabelece os três propósitos do Tratado. O *Draft One* estabelece uma associação próxima aos Princípios Orientadores de John Ruggie. Apesar de citar a “promoção” dos Direitos Humanos na alínea *a* o marco paradigmático do draft alinha-se com a lógica de “*Protect, Respect and Remedy*”. Ainda, na mesma alínea e na *c*, é preciso destacar a necessidade de uma positividade maior, não sendo suficiente a expressão “*Strengthen*”, sendo ideal uma como “*guarantee*”. Mais uma vez, identifica-se uma suavização da responsabilidade das transnacionais na proteção dos Direitos Humanos. Ainda, é eliminado na alínea *a* o termo transnacional, presente no *Draft Zero*, ressaltando mais uma vez a visão do texto, tendendo a expandir seu escopo à toda e qualquer atividade empresarial. Mais uma vez o caráter de voluntariedade para as empresas fica evidente, com ampla responsabilização dos Estados.

Outro ponto a ser salientado foi a eliminação da menção ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, anteriormente alocado na alínea *a*.

ARTICLE 3. SCOPE

Um dos mais importantes e controversos artigos do documento, o artigo 3 apresenta o alcance do *Draft One*. Dividido em dois parágrafos, o primeiro modifica o artigo equivalente no *Draft Zero*, aumentando o alcance do tratado para “todas as atividades comerciais”. É extremamente importante salientar que o entendimento do centro é que esta ampliação se caracteriza como uma violação à resolução 26/9, como será explicado mais adiante.

Essa ampliação é problemática por diversos fatores. Primeiramente, ampliar o escopo do tratado poderá resultar em uma necessidade de generalizar disposições para que se encaixem em atividades empresariais muito diferentes, diminuindo assim a efetividade do Tratado. Outro ponto a ser salientado é o possível esvaziamento da discussão por conta da violação da resolução 26/9 e pela contrariedade da questão. Ainda, nesse sentido, é nítido que o a pressão pela União Europeia, pelos Estados

Unidos e por grandes empresas para a ampliação do escopo foi atendida, o que pode evidenciar uma captura corporativa da agenda. Nesse sentido,

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

É necessário ressaltar que esse é um retrocesso significativo para a sociedade civil e países que agem de acordo com o estipulado na Resolução, já que o *Draft Zero* anteriormente seguiu as previsões dos Elementos, que já reforçava a necessidade de a Empresa ter características de transnacional para que seja abarcada pelo Tratado. Também, no Tratado elaborado pela Campanha, o caráter de transnacional é dado como essencial para a responsabilização através do documento.

Já no terceiro parágrafo, o *Draft One* prevê a proteção de todos os Direitos Humanos internacionais. Os Elementos trouxeram uma definição um pouco mais detalhada, a saber:

All internationally recognized human rights, taking into account their universal, indivisible, interrelated and interdependent nature, as reflected in all human rights treaties, as well as in other intergovernmental instruments related, inter alia, to labour rights, environment, corruption (p.4).

Apesar da expressão “all international human rights” ser passível de discussões, segundo Adoración Guamán (2018, p.22), é uma questão extremamente complexa para o Direito Internacional dos Direitos Humanos. O que se mostra essencial é a não delimitação de “*gross violations*”, que muitas vezes podem excluir direitos diretamente afetados pela atividade empresarial.

TRECHO DO *DRAFT ONE*

Article 3. Scope

1. *This (Legally Binding Instrument) shall apply, except as stated otherwise, to all business activities, including particularly but not limited to those of a transnational character.*
2. *For the purpose of paragraph 1 of this Article, a business activity is of a transnational character if:*
 - a. *It is undertaken in more than one national jurisdiction or State; or*
 - b. *It is undertaken in one State through any contractual relationship but a substantial part of its preparation, planning, direction, control, designing, processing or manufacturing takes place in another State; or*
 - c. *It is undertaken in one State but has substantial effect in another State.*
3. *This (Legally Binding Instrument) shall cover all human rights.*

PROPOSTA

Supressão dos parágrafos 1 e 2, mantendo-se o terceiro e determinando-se no *caput*, o seguinte alcance para o Tratado: Este Tratado aplica-se a todas as empresas transnacionais (ETNs) e empresas com atividade transnacional.

Assim, também propomos uma nova seção que estabeleça um rol de obrigações para as ETNs, tais como:

As empresas transnacionais ou de atividade transnacional devem respeitar, proteger e assegurar os Direitos Humanos no contexto de suas atividades, pautando sua atuação pelas seguintes diretrizes e em toda a sua cadeia de valor:

1. Dever de abster-se de qualquer prática ou conduta que possa violar os Direitos Humanos, ao não tomar medidas que impliquem em risco de prejuízo ou violação destes ou ao cessamento imediato da medida violadora já em andamento;
2. Dever de abster-se de qualquer prática ou conduta que enfraqueça ou gere risco de enfraquecer as obrigações do Estado de respeitar, proteger e assegurar os Direitos Humanos. As empresas não devem sob nenhuma circunstância demandar do Estado com base em tratados internacionais comerciais ou outro documento orientado pela *lex mercatoria*, quando estas possam, se não violar diretamente, afetar as obrigações do Estado para com os Direitos Humanos.
3. Dever de abster-se de todo ato de colaboração, cumplicidade, instigação, indução e encobrimento econômico, financeiro ou de serviços com outras entidades, instituições ou pessoas que violem Direitos Humanos;

4. Dever de respeitar todas as normas internacionais e nacionais de proteção aos Direitos Humanos e que proíbam a discriminação, em particular por motivos de raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opinião política ou atividade sindical, nacionalidade, origem social, condição social, pertencimento a um povo indígena, deficiência, idade, condição migratória ou outra que não guarde relação com os requisitos para desempenhar um trabalho, devendo ainda aplicar ações positivas anti-discriminatórias;

5. Dever de respeitar os direitos territoriais e de livre determinação dos povos indígenas e das comunidades tradicionais, assim como sua soberania sobre os recursos naturais e sobre a riqueza genética local, submetendo as atividades da empresa aos mecanismos de consulta cujos resultados orientarão a tomada de decisões;

6. Dever de respeitar os direitos das comunidades costeiras e camponesas e de coibir subornos ou outras formas de corrupção e intimidação no acesso a terras para concessões de exploração extrativistas, aquicultura, agronegócio, turismo e outros;

7. Dever de respeitar os processos coletivos, as associações, organizações, movimentos e outras formas de representação próprias das comunidades, enquanto sujeitos legítimos no estabelecimento de diálogo e defesa de interesses dos que tiveram seus Direitos Humanos violados ou sob ameaça de violação;

8. Dever de prestar informação pública, precisa e detalhada sobre:

- a. Propósito, natureza e alcance dos contratos de locação de operações e/ou outros contratos assim como do término dos mesmos;
- b. Atividades, estrutura, propriedade e governança das empresas;
- c. Situação financeira e desempenho das empresas;
- d. Disponibilidade de mecanismos de reclamação e reparação e procedimentos para a sua utilização.

9. Dever de tornar pública a identidade das partes com quem seus investidores realizam práticas comerciais e/ou financeiras, a fim de se evitar fraude e evasão fiscal e compreender os fluxos de capital dentro da empresa que viola Direitos Humanos;

10. Dever de publicar a estrutura da gestão corporativa e informar sobre quem são os responsáveis pela tomada de decisões e seus respectivos papéis na cadeia de valor, a fim de que os acionistas se tornem também responsáveis e a desconsideração da personalidade jurídica possa ocorrer caso a empresa viole Direitos Humanos;

11. Dever de difundir as informações através de todos os meios de notificação apropriados, tendo em conta a situação de comunidades remotas, isoladas ou não alfabetizadas, e garantir que a referida notificação seja não apenas entregue, mas compreendida com o uso dos idiomas das pessoas e comunidades afetadas;

12. Em caso de riscos derivados das suas atividades, dever de assegurar a participação das pessoas e comunidades afetadas ao gerir a situação, em busca da representatividade coletiva. Contudo, a participação dos afetados não libera em nada a responsabilização da empresa pelos riscos e conseqüentemente violações de Direitos Humanos causadas por sua gestão;

§ 1º. Descumpridas as diretrizes, as empresas e seus gerentes cujas atividades violem Direitos Humanos serão responsabilizados penal, civil e, de acordo ao caso, administrativamente;

SECTION II

ARTICLE 4. RIGHTS OF VICTIMS

Iniciando a seção II do Tratado, o artigo 4 delimita os direitos das vítimas de violações em 16 parágrafos. Neste ponto, apesar de alguns problemas serem identificados, inclusive no que diz respeito ao nome “rights of victims”, é necessário reconhecer que diversos pontos criticados anteriormente pela sociedade civil no artigo correspondente(art.8) no *Draft Zero* foram alterados. Contudo, os direitos dos atingidos e atingidas são muito maiores do que apenas os estabelecidos por esse Tratado e nada deveria deixar margens para que interpretação diversa fosse realizada.

Percebe-se, ao longo do artigo em questão, que o texto não leva em consideração a captura corporativa das Empresas e se omite quanto às obrigações das mesmas. Em uma situação de impossibilidade do Estado de garantir os direitos das vítimas, a possibilidade de proteção ou reparação se mostra quase nula. Fica evidente, com a significativa quantidade de tópicos citados, o enorme poder de violação de direitos das empresas e derivadas e, ao mesmo tempo, a resistência em estabelecer medidas específicas para as suas atividades.

A ordem dos parágrafos foi modificada, dando uma maior coesão e ordem ao texto, colocando como primeiros parágrafos tópicos essenciais, como a proteção da dignidade dos atingidos. A alínea “b” do parágrafo 5 deveria ser retirada, posto que

propaga uma lógica de possibilidade de remediação do Direito à Natureza, como se negociável fosse. Da mesma forma, naturaliza como um recurso viável a remoção e relocação de atingidos e atingidas, medida que normalmente não é benéfica aos povos tradicionais. Essa possibilidade deve ser utilizada apenas como último recurso e, portanto, já estaria incluída nas previsões da alínea “a”.

No parágrafo 9 foi estabelecida a necessidade de proteção aos defensores e defensoras de Direitos Humanos de perseguição direta das Empresas ou destas em convivência com instâncias estatais, assegurando também que os procedimentos legais internos não sejam usados para atingir e prejudicar a atuação legítima dos defensores.

É de grande importância ressaltar que o parágrafo 15 menciona a possibilidade de tribunais estabelecerem a inversão do ônus da prova. É importante que esta seja uma prática comum e pacificada, sem necessidade de ser solicitada, dada a imensa disparidade de poder entre as partes. Ainda, não é mencionada a legitimação do uso da doutrina *forum non conveniens*, uma defesa processual através da qual solicita-se ao juiz, competente, que transfira o processo para jurisdição “ainda mais competente” ou mesmo à possibilidade de serem as vítimas representadas por organizações sociais ou sindicais no pleito por seus direitos.

ARTICLE 5. PREVENTION

A partir da leitura do primeiro parágrafo do Article 5, já se percebe a retomada da tônica do *Draft One* de fomentar a ideia de *all bussines enterprises*, que havia sido retirada do documento anterior. Aliás, faz-se menção expressa a “*all persons conducting business activities, including those of a transnational character*”, evidenciando, mais uma vez, que o escopo do tratado engloba não só as empresas transnacionais (que nesse trecho parecem, inclusive, ter sido colocadas em um segundo plano), mas também aquelas que operam somente dentro do território nacional. Ressalte-se que até mesmo a exigência de uma espécie de razoabilidade na adoção das medidas de prevenção, que o *Draft 0* fazia em relação a “*size, nature, context of and risk associated with the business activities*”, foi retirada deste rascunho, fato que, conforme vem sendo afirmado por diversos setores durante as negociações, pode acabar por retirar a efetividade do documento - além de ser contra o mandato da Resolução 26/9.

O entendimento de que a inserção da ideia *all bussines enterprises* viola o mandato da Resolução 26/9 se dá por uma interpretação não restritiva do texto. O

documento traz em sua primeira página uma nota de rodapé que afirma claramente que o termo “*other business enterprises*” se refere a empresas que tem um caráter transnacional em suas atividades. A despeito de uma interpretação formalista, que afirma que a nota de rodapé não deve ser considerada como o texto principal, entende-se que essa nota deve ser sim considerada na interpretação da resolução.

Apesar de não constarem no rol do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, as resoluções são consideradas, inquestionavelmente, fontes de Direito Internacional. Porém, por não haver um parâmetro de interpretação de resoluções estabelecido na normativa internacional, entende-se que pode ser feita uma analogia com a Seção 3 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que traz regras de interpretação para tratados, considerados fontes primárias de Direito Internacional.

Essas regras dos artigos 31 e 32 da Convenção preveem que, para além do texto, preâmbulo e anexos, devem ser considerados elementos do contexto e da prática das partes para a interpretação. No caso em questão, da resolução 26/9, apesar da nota de rodapé não fazer formalmente parte do texto, é inquestionável que ela é elemento do contexto que representa a vontade das partes ao aprová-la. De igual maneira, ela é essencial para o entendimento do texto em si, pois traz a caracterização de um termo utilizado no título, sem a qual a interpretação fica comprometida.

Ignorar uma caracterização tão clara e expressa apenas por não constar no texto principal não encontra argumentos que não sejam de matriz positivista e, de certa forma, viola o direito internacional por não considerar a vontade das partes ao elaborar a resolução.

Seguindo a análise, o *Draft One* não estabelece, nem mesmo no que diz respeito à prevenção, obrigações diretas para as empresas, direcionando-as somente aos Estados. Contudo, ambos os atores compartilham responsabilidades recíprocas quanto ao tema. Não apenas o Estado está obrigado a criar normas vinculantes de *due diligence* que estabeleçam obrigações às Empresas, mas também cabe a estas, de forma independente, o acatamento de tais normas no cumprimento da *due diligence* orientada à proteção de Direitos Humanos. Assim, deveria haver seções distintas de obrigações dos Estados e das empresas.

Vale notar que a proposta de *Human Rights Due Diligence* veiculada na normativa não abarca a noção de Cadeia de Valor, o que se infere a partir da redação do segundo parágrafo da seção ora em análise. Dessa forma,

É necessário que as cadeias de valor se enquadrem à lógica da chamada Human Rights Due Diligence e busquem meios de responsabilização aplicáveis a todo o sistema de produção, desde a matriz até as subsidiárias e fornecedores, estabelecendo um sistema no qual a empresa matriz seja obrigada a monitorar a atuação das demais companhias parte de seu processo produtivo. O instrumento parece ser uma saída mais confiável para resolver a questão da impunidade de corporações transnacionais e para que a devida diligência não seja restrita apenas aos países das matrizes, protegendo assim todos os envolvidos na produção, mesmo aqueles cujas leis pátrias em matéria ambiental e trabalhista são mais flexíveis. (ROLAND, SOARES, BREGA, OLIVEIRA, CARVALHO, ROCHA, 2017, p.8)

TRECHO DO DRAFT ONE

For the purpose of paragraph 1 of this Article, State Parties shall adopt measures necessary to ensure that all persons conducting business activities, including those of transnational character, to undertake human rights due diligence as follows:

- a. Identify and assess any actual or potential human rights violations or abuses that may arise from their own business activities, or from their contractual relationships;*
- b. Take appropriate actions to prevent human rights violations or abuses in the context of its business activities, including those under their contractual relationships;*
- c. Monitor the human rights impact of their business activities, including those under their contractual relationships;*
- d. Communicate to stakeholders and account for the policies and measures adopted to identify, assess, prevent and monitor any actual or potential human rights violations or abuses that may arise from their activities, or from those under their contractual relationships. concerning the conduct of their business activities, including those of their contractual relationships.*
- d. Integrating human rights due diligence requirements in contractual relationships which involve business activities of a transnational character, including through financial contributions where needed.*
- e. Adopting and implementing enhanced human rights due diligence measures to prevent human rights violations or abuses in occupied or conflict-affected areas, arising from business activities, or from contractual relationships, including with respect to their products and services;*

PROPOSTA

O artigo faz menção somente às “contractual relationships” da empresa, termo que não alcança todo o seu sistema de produção, desde a matriz até as fornecedoras e subsidiárias, mas apenas um número limitado de agentes envolvidos, devendo assim ser substituído pela atividade das empresas transnacionais em toda a sua cadeia de valor e relações de controle. Apesar de disposição anterior no Tratado dar o aporte à responsabilização da cadeia de valor, é importante que o Tratado tenha essa disposição muito clara, como já dito anteriormente.

Também no que concerne à terminologia adotada, os diversos usos feitos de “human rights impact”, como na alínea “c” do segundo parágrafo e na alínea “a” do terceiro, devem ser substituídos por “human rights violations”. Isso, porque “impacto” apenas reforça a lógica de *soft law* propagada pelos Princípios Orientadores, podendo ter uma conotação tanto positiva quanto negativa. Outros pontos importantes são a inexistência de sanção por não cumprimento das medidas propostas e a eliminação da garantia financeira.

Por fim, o parágrafo 5 deve ser retirado. O dispositivo dá margem para interpretações quanto ao que seriam obrigações “small” e “medium sized”, por serem conceitos abertos, cujo cálculo, em matéria de Direitos Humanos, pouco ou nenhum sentido faz. Há uma imprecisão com relação aos legitimados passivos e ativos e quanto a quem são os titulares das obrigações. Dessa forma, gera uma insegurança jurídica para os atingidos e atingidas, visto que a decisão de fazer o *compliance* fica condicionada ao critério do Estado, que muitas vezes sofre captura corporativa.

ARTICLE 6. LEGAL LIABILITY

Mais uma vez, no primeiro parágrafo deste artigo já é possível notar a mudança no escopo do Tratado, que, adotando a vertente de *all business enterprises*, passa a englobar não apenas as empresas transnacionais, mas também as que atuam somente dentro das fronteiras do país - o que se infere pelo uso da expressão “including those of transnational character”.

Além disso, a atual versão do documento, em claro retrocesso em relação à anterior, nem mesmo prevê explicitamente a possibilidade de inversão do ônus da prova, que no *Draft Zero* poderia ser adotada como uma forma de garantir o acesso à justiça por parte dos atingidos e atingidas.

No *Draft One* o termo “supply chain” foi suprimido, não sendo feita uma menção explícita a essa estrutura em todo documento. Como anteriormente afirmado, se baseada em uma lógica que não contempla a complexa estrutura das cadeias de valor, a *due diligence* proposta pelo documento não será capaz de efetivamente dirimir as violações de Direitos Humanos pelas empresas.

Ainda nessa perspectiva de retrocesso, o *Draft One* traz uma previsão taxativa das condutas a que os Estados devem, em suas legislações, impor sanções

penais, cíveis ou administrativas. Tal previsão se mostra problemática, na medida em que o rol não contempla todas as situações perante as quais as empresas devem ser responsabilizadas, sendo o documento omissivo nesse ponto, e a definição de um rol taxativo não completo pode prejudicar a responsabilização em diversas situações. A proposta alternativa de redação seria:

TRECHO DO *DRAFT ONE*

State Parties shall ensure that their domestic law provides for a comprehensive and adequate system of legal liability for human rights violations or abuses in the context of business activities, including those of transnational character.

2. Liability of legal persons shall be without prejudice to the liability of natural persons.

3. Civil liability shall not be made contingent upon finding of criminal liability or its equivalent for the same acts.

4. States Parties shall adopt legal and other measures necessary to ensure that their domestic jurisdiction provides for effective, proportionate, and dissuasive sanctions and reparations to the benefit of the victims where business activities, including those of transnational character, have caused harm to victims.

5. State Parties may require natural or legal persons engaged in business activities to establish and maintain financial security, such as insurance bonds or other financial guarantees to cover potential claims of compensation.

PROPOSTA

Deve-se limitar as disposições previstas no artigo às empresas transnacionais ou de atividade transnacional, suprimindo-se os parágrafos 6, 7, 8 e 9. Deve-se substituí-los pela previsão de responsabilidade civil, criminal e administrativa às empresas transnacionais por todas as obrigações previstas na presente Convenção; Esta responsabilidade deve ser estendida aos seus gerentes, incluindo-se os integrantes de toda a cadeia de valor.

ARTICLE 7. ADJUDICATIVE JURISDICTION

O *Article 7* apresenta uma série de falhas e pontos que deveriam ter sido melhor desenvolvidos. Primeiro, em relação ao segundo parágrafo, faz-se necessário que o patrimônio da empresa seja incluído como um dos possíveis critérios para estabelecer seu domicílio. Embora tal ideia seja tangenciada pela alínea “d”, esta

apenas a trabalha de forma muito vaga, na medida em que se utiliza da expressão “substantial business interest”, a qual poderia ensejar interpretações contrárias aos interesses dos atingidos.

No mesmo sentido, a alínea “a” não cobre de forma suficiente o conceito de “Cadeia de Valor”, que já deveria ter sido melhor estabelecido anteriormente. Aliás, não há previsão de responsabilização por violações cometidas por subcontratistas, nem previsões sobre como vincular as empresas às suas subsidiárias. Além disso, o texto, ao se valer da expressão “place of incorporation”, recorre a uma generalidade indevida, sobre uma pauta extremamente complexa, no que parece uma tentativa de minimizar a falta de uma definição mais abrangente e precisa sobre Cadeias de Valor. Assim, o documento, que deveria solucionar discussões desse tipo, acaba abrindo mais espaço para debates a respeito de imprecisões e vaguezas, retrocedendo, mais uma vez, em relação ao anterior. Isso, porque, embora este também não trouxesse uma previsão ideal a respeito das Cadeias de Valor, tratava-as de uma forma mais completa do que o atual.

Ainda, mostra-se essencial a adição de um parágrafo único tratando da exigência de que os critérios adotados de jurisdição devam coibir a utilização do argumento de *forum non conveniens*. Tal previsão, desenvolvida pelo projeto da Campanha (item 35), está inclusive contida, embora brevemente, nos Elementos, porém sequer foi abordada pelo *Draft One*, apesar das críticas feitas à sua ausência no *Draft Zero*. A vedação da utilização da supracitada doutrina é essencial para a devida responsabilização das empresas por suas violações de Direitos Humanos, como é pretendido pelo Tratado¹⁰.

ARTICLE 8. STATUTE OF LIMITATIONS

O *Article 8* trabalha com a questão de “statute of limitations”¹¹, estabelecendo que tal instituto não deve ser aplicado quando as violações de Direitos Humanos constituam “os crimes mais sérios” de acordo com a comunidade internacional. Ademais, o dispositivo prevê que, mesmo nos casos em que tais

¹⁰ Ver texto do Homa sobre Extraterritorialidade.

¹¹ “Statute of limitations” é um instituto que estabelece o tempo máximo que as partes têm para entrar como uma ação, a partir do dia da ocorrência da ofensa alegada.

violações não se enquadrem nessa categoria de crimes, o instituto deve ser utilizado de modo a garantir um tempo suficiente para a investigação da violação, sobretudo nos casos em que esta ocorreu em território estrangeiro.

Também nesse ponto o *Draft One* se distancia do documento anterior, o qual fazia essa previsão em relação a todo e qualquer crime do Direito Internacional, e não somente aos mais graves. A adição da expressão “the most serious” se referindo a “crimes” não só traz uma imprecisão indesejada, como também abre espaço para a impunidade das empresas frente às violações de Direitos Humanos cometidas.

ARTICLE 9. APPLICABLE LAW

No que concerne ao Article 9, a redação se manteve similar a do Draft anterior, apesar das críticas tecidas. Nesse sentido, mostra-se necessária a retirada do termo “relevant” se referindo a “human rights law”. Isso porque todo Direito Humano é relevante, de modo que tal expressão apenas expande as margens para que Empresas e Estados discutam quais direitos são importantes ou não para os atingidos, ensejando discussões judiciais que prejudicam os direitos destes.

Além disso, é essencial que seja adotado, nesse ponto, como princípio norteador, aquele que prevê que, no caso de conflitos de leis, deverá ser aplicada sempre a mais benéfica ao atingido. Tal sugestão, ressaltou-se, também foi amplamente feita em relação ao *Draft 0*, mas deixou de ser incorporada ao atual documento.

É necessário, ainda, estabelecer um ponto mínimo em comum em Direitos Humanos, que estabeleçam uma ordem jurídica mínima de cumprimento de obrigações para todos os Estados que se tornarem parte do Tratado – sempre com a reserva de não utilizar expressões como *gross violations* ou de se estabelecer uma retórica que acabe excluindo direitos econômicos sociais e ambientais do âmbito de proteção.

ARTICLE 10. MUTUAL LEGAL ASSISTANCE

O artigo 10 prevê a assistência legal mútua com diversos mecanismos para um alcance extraterritorial de sentenças. O conteúdo não diverge de forma muito significativa do já apresentado no *Draft Zero*. Porém, o artigo apresenta um problema fundamental. Sua linguagem permite assistência mútua e a troca de informações, mas

não a estipula de forma obrigatória para os Estados. É preciso que se estabeleça a obrigação de prover informações e assistência legal por parte do Estado solicitado, assim como a obrigação de auxiliar na implementação de decisões dos tribunais. Além disso, não prevê um arranjo institucional formal com o objetivo de estruturar a transmissão de requisições legais para assistência mutua, assim como não enumera procedimentos para facilitar assistência às autoridades que a solicitarem.

No que se refere ao parágrafo 10, alínea c, dois pontos devem ser mencionados: os termos “ordem pública” e “soberania”. A fundamentação de contrariedade à ordem pública é identificada como um dos maiores obstáculos a homologação de sentença estrangeiras, o que muitas vezes prejudica o acesso dos atingidos e atingidas a reparações. Além disso, a manutenção da soberania como impeditivo para imposição do tratado estabelece uma espécie de válvula de escape ao Estado. É necessário impor a supremacia dos Direitos Humanos como princípio do texto.

Outro ponto a ser abordado é a necessidade de implementar um dispositivo que permita a eliminação do argumento do *forum non conveniens*, como já abordado anteriormente.

Para a efetivação desses dispositivos, o Professor Surya Deva comenta a necessidade de novos acordos bilaterais e multilaterais ou, pelo menos, o aditamento de acordos já existentes para a inclusão dos termos da cooperação mútua em Direitos Humanos e Empresas.

ARTICLE 11. INTERNATIONAL COOPERATION

Em relação ao *Draft Zero*, anteriormente publicado, não houve alterações na redação, entretanto, em relação ao *Draft da Campanha* e aos *Elementos*, o tópico foi esvaziado a ponto de ser reduzido à mera recomendação, contrariando a lógica e o objetivo de um tratado vinculante em Direitos Humanos e Empresas.

No documento da *Campanha*, o artigo equivalente foi abordado na “*Part VI. International cooperation mechanisms for investigations, enforcement of rulings and jurisdiction*” e os dispositivos sugeridos demonstram a importância da cooperação entre os Estados signatários do Tratado, nas instâncias penal, civil e administrativa, para que as vítimas, testemunhas e defensores e defensoras de Direitos Humanos sejam amparados, e para que as respectivas jurisdições sejam complementares. Se faz

necessário salientar, como defendido por Zubizarreta e Ramiro (2016, p. 91), a necessidade de que um tratado vinculante requeira que Estados estabeleçam responsabilidade civil e criminal para corporações e seus diretores, concomitantemente. Essa responsabilização deve ocorrer independentemente de terem operado no papel de perpetrador das ofensas ou no de cúmplices, também devendo se estender para todos os elos da cadeia produtiva da corporação em questão.

O *Draft One*, limita a cooperação acadêmica para pesquisa e estudos, troca de experiências na implantação do Tratado em questão e efetiva cooperação técnica e capacitação dos agentes que venham a lidar com os instrumentos de reparação, sem ao menos mencionar quais seriam.

Uma outra questão de relevância é quais são os atores que estarão cooperando para o cumprimento do Tratado: aqui, a cooperação internacional é baseada na boa-fé entre os Estados mas, limita-se a termos técnicos e acadêmicos, entre os agentes estatais e a sociedade civil, sem sequer a mencionar do papel das empresas no processo, o que as exime de responsabilidade e obrigações, fugindo a uns dos principais objetivos da busca pelo Tratado.

Ao mencionar que os Estados devem promover a cooperação entre si e também com entidades internacionais, regionais e da sociedade civil de relevância, o *Draft* abre espaço para o diálogo com as comunidades afetadas e especialistas no assunto a fim de promover trocas de experiências, técnicas e estudos. Tal medida é positiva, no entanto não há elementos suficientes para que se possa de fato compreender em que termos ou a que tempo estes intercâmbios serão desenvolvidos. Nessa perspectiva, temos a lição do professor Juan Zubizarreta, que declara que:

Account must be taken of global, national and local spheres – both from regulatory perspectives and in social and trade-union mechanisms – for controlling transnational companies. Various forms of legal pluralism above and below State level should be explored as systems for legal and social cooperation for the control of multinationals. (2008, p.28)

TRECHO DO DRAFT ONE

Paragraph 4, article 10: Without prejudice to domestic law, the competent authorities of a State Party may, without prior request, transmit and exchange information relating to criminal offences covered under this (Legally Binding Instrument) to a competent authority in another State Party where they believe that such information could assist the authority in undertaking or successfully concluding inquiries and criminal proceedings or could result in a request formulated by the latter State Party pursuant to this (Legally Binding Instrument). The transmission and exchange of information shall be without prejudice to inquiries and criminal proceedings in the State of the competent authorities providing the information.

PROPOSTA

O Parágrafo 4 do art. 10 deve retirar a condicionante de ‘não prejuízo ao direito interno’, permitindo-se a contrariedade sempre que a previsão contida no tratado garanta melhores recursos para a cooperação e assistência mútua entre os Estados. Devem-se incluir novos parágrafos prevendo-se a obrigação dos Estados em cooperarem no âmbito judicial, desde a troca de informações, auxílio nas investigações e procedimentos até o momento da execução das sentenças, na medida em que decisões de outras jurisdições sejam reconhecidas, permitindo-se, inclusive, a extradição dos condenados.

ARTICLE 12. CONSISTENCY WITH INTERNATIONAL LAW

O *Draft* coloca que o Tratado e suas obrigações devem observar o princípio da soberania estatal, integridade territorial e não intervenção em assuntos domésticos, manter o exercício da jurisdição como competência de cada Estado e que deverá fazê-los sem interferências externas, e elenca ainda uma série de dispositivos que reafirmam o seu poder soberano e o respeito a outras legislações, tanto internacionais quanto nacionais, já promulgadas.

Este tratamento se diferencia daquilo que foi proposto na Campanha e nos Elementos na medida em que os Estados são colocados como atores independentes; nos Elementos, estes princípios foram colocados no preâmbulo do documento e a Campanha trata a negociação desta legislação internacional não como uma soberania estatal, mas sim como soberania dos povos. Considerando a importância de normas em matéria de Direitos Humanos para prevenir e remediar violações, o ponto defendido

pela Campanha merece ser incluído na perspectiva do Tratado para permitir que os afetados e afetadas sejam emancipados.

Ao excluir a possibilidade de aplicação de mecanismos de jurisdição extraterritorial e, conseqüentemente, restringindo o acesso à justiça (ARAGÃO, D, ROLAND, M.), limita-se ainda mais os termos de cooperação entre os Estados e enfraquece as disposições internacionais de Direitos Humanos por determinar que os países devem se adequar conforme a sua própria legislação e não o contrário, o que pode ser perigoso uma vez que diferentes países possuem diferentes marcos normativos e que, principalmente os emergentes são mais fracas e dependentes de ETNs, deixando-os conveniente com a destruição em nome do desenvolvimento econômico.

Notadamente, percebe-se que assim se estabelece a chamada “arquitetura da impunidade”, definida por Zubizarreta como o processo no qual os acordos comerciais de inversão redefinem as regras jurídicas, assim, a lógica do capital invade e privatiza os espaços públicos, tendo os Estados como cúmplices e dominando os povos, a natureza e as pessoas¹².

Neste sentido, cabe destacar que os Direitos Humanos devem ser supremos para serem efetivados, o que implica diretamente na veiculação desta matéria no sistema internacional por meio de instrumentos que sejam capazes de estabelecer obrigações diretas e consistentes, que superem as fragilidades presentes no nível nacional (ARAGÃO, D; ROLAND, M,2017).

SECTION III

ARTICLE 13. INSTITUTIONAL ARRANGEMENTS

Este ponto se subdivide em outros quatro que dizem respeito a aspectos da colaboração entre os Estados para a implementação do Tratado.

Os demais documentos ainda não haviam discutido questões procedimentais referentes à implantação e funcionamento do Tratado quando da entrada em vigor, apesar dos Elementos mencionarem, dentro dos “mecanismos não judiciais”, a criação

12 P. 19, EL TRATADO INTERNACIONAL DE LOS PUEBLOS PARA EL CONTROL DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Un análisis desde la sociología jurídica.

de um comitê para questões de Direitos Humanos e Empresas formado por dezoito *experts* eleitos pelos signatários considerando a trajetória na matéria, a distribuição geográfica, gênero, tendo as seguintes obrigações:

Examining the progress made by State Parties in achieving the realization of the obligations undertaken in the present instrument; Assess, investigate and monitor the conduct and operations of TNCs; Conduct country visits in accordance to its mandate; Examine the periodical reports according to its mandate; Receive and examine communications according to its mandate (p. 13)

Na alínea “c” do parágrafo 1, deve-se estabelecer votação pública e aberta. Não há motivos para que esta votação seja secreta, levando em conta princípios como a publicidade e transparência.

As atividades do Comitê estão listadas e descrevem um órgão cuja função será elaborar relatórios anuais, emitir recomendações gerais aos Estados e fazer comentários e recomendações quanto a implementação e interpretação do Tratado.

Ao colocar que deve ser criado um fundo internacional para as vítimas, o Tratado reconhece que é possível que as Empresas violem gravemente Direitos Humanos, mas mesmo assim esses agentes não são responsabilizados pelos danos provocados, uma vez que o fundo será financiado pelos Estados. Neste ponto, o *Draft* perde uma das grandes oportunidades de estabelecer obrigações diretas e que permitissem a reparação das vítimas.

Mais uma vez, tem se aqui um instrumento normativo que é centrado no protagonismo dos Estados e que mantém o caráter de voluntariedade comprovadamente inadequado e insuficiente para veicular matéria de Direitos Humanos.

Uma proposta mais adequada seria a de Zubizarreta. O autor sugere a criação de uma Corte Mundial sobre Corporações e Direitos Humanos, tal órgão seria complementar aos mecanismos nacionais e regionais, mas também independente dos Estados, e teria incumbência de “aceitar, investigar e julgar os casos envolvendo violações de direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais e ambientais cometidos por empresas, Estados e Instituições Financeiras por violações de Direitos Humanos e pela responsabilidade civil e penal de crimes econômicos corporativos e ecológicos.” (p.40).

Ainda, segundo Zubizarreta, o Tribunal seria uma forma de amenizar os Tribunais Internacionais de Arbitragem, legitimados a julgar as controvérsias em

contratos e acordos empresariais, que contribuem para a impunidade por conferir segurança jurídica a decisões que estão em desacordo com os Direitos Humanos (ZUBIZARRETA, 2016).

Em comparação com a proposta de Comitê, a Corte se mostra muito mais adequada à natureza das violações cometidas por transnacionais: uma vez que as grandes corporações conseguem transitar pelo globo de modo a distribuir a sua cadeia produtiva, avaliando qual locação é mais benéfica para o empreendimento, na mesma medida os atingidos deveriam estar legalmente amparados por uma jurisdição que permitam a reparação. Desta feita, nossa proposta de redação alternativa seria:

PROPOSTA

Aqui, reproduzimos a proposta já prevista no documento da Campanha Global¹³, inserindo-se dois dispositivos:

- ***“Centro Internacional de Monitoreo de las Empresas transnacionales, encargado de evaluar, investigar e inspeccionar las actividades y prácticas de las ETNs (gestionado de manera conjunta por los Estados, movimientos sociales, comunidades afectadas y otras organizaciones de la sociedad civil).***
- ***Corte Internacional sobre Empresas transnacionales, para garantizar la eficacia de las obligaciones previstas en este Tratado. La Corte tiene la competencia de recibir, investigar y juzgar las quejas contra las ETNs por violaciones a los Derechos Humanos mencionados en esta Convención. La Corte protege los intereses de las comunidades y personas que son afectadas por las operaciones de las ETNs, asegurando reparación plena y sanciones a las ETNs y sus gerentes. Las decisiones y sanciones de la Corte son directamente aplicables y jurídicamente vinculantes”***

Defendemos, ainda, a supressão do Comitê, e se for mantido, um dispositivo deve atribuir-lhe a competência relativa à fiscalização do cumprimento do Tratado, assim como um Protocolo que permita denúncias individuais ou de comunidades

¹³ “Treaty on Transnational Corporations and their supply chains with regard to Human Rights”, disponível em: https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2017/10/Treaty_draft-EN1.pdf

afetadas por violações de Direitos Humanos perpetradas pelas ETNs. Deve-se garantir, ainda, que, em todos os mecanismos o equilíbrio de gênero seja estabelecido, de acordo com a CEDAW.

ARTICLE 14. IMPLEMENTATION

A implementação do Tratado é de responsabilidade do Estado, que deve identificar quais os empreendimentos que oferecem mais riscos no seu território e buscar os seus meios de remediá-los, considerando os recortes de gênero, crianças, pessoas com necessidades especiais e migrantes. Apesar de mencionar que a implementação deve considerar toda a legislação em matéria de Direitos Humanos Internacionais, o Tratado não faz mais especificações sobre como ocorrerá.

ARTICLE 15. RELATION WITH PROTOCOLS

De acordo com seu artigo 15, o instrumento vinculante pode ser suplementado por um ou mais protocolos. Outrossim, estabelece que os Estado e as organizações regionais devem se portar não só como parte de um protocolo, mas também como uma parte do tratado em questão. No entanto, observa-se que, no próprio processo de estipulação para os rascunhos do tratado, não há consulta e participação efetiva da sociedade civil, sem a devida participação de organizações regionais. Ademais, tal artigo expressa que um Estado-parte só estará vinculado a um protocolo nos casos em que esteja de acordo com todas as suas disposições.

ARTICLE 16. SETTLEMENT OF DISPUTES

Em seu artigo 16, o *Draft One* retrata sobre as resoluções de conflitos que surjam por divergências nas interpretações do Tratado entre Estados. Nesse artigo, em um primeiro momento, é estabelecido que os Estados envolvidos devem encontrar uma solução por meio de negociação, ou outros meios de resolução de disputas. No caso de continuidade do conflito, é expresso, no segundo parágrafo do artigo, que seja

encaminhado a Corte Internacional de Justiça ou que sua arbitragem seja realizada por uma organização ou procedimento acordados mutuamente entre os dois Estados.

ARTICLE 17. SIGNATURE, RATIFICATION, ACCEPTANCE, APPROVAL AND ACCESSION

A respeito do artigo 17, tal dispositivo expressa que a assinatura do Tratado deva ser aberta a todos os estados e apresentada a toda as organizações regionais presentes na Sede da Organização das Nações Unidas em Nova Iorque, à data de assinatura.

ARTICLE 18. ENTRY INTO FORCE

O *Draft One* dispõe, em seu artigo 18, que entrará em vigor no prazo de trinta dias após a realização do depósito do instrumento de ratificação do acesso. Tal processo, também, funcionará para a entrada em vigor de cada Estado.

ARTICLE 19. AMENDMENTS

No que se diz respeito às emendas, o artigo 19 do *Draft One* estabelece que qualquer Estado-parte pode propor uma emenda ao Tratado. Nesse contexto, o Draft determina que uma conferência de aferição das propostas deve ser aprovada por $\frac{1}{3}$ dos Estados e a emenda, em si, aprovada por $\frac{2}{3}$ dos Estados. Tal emenda entrará em vigor no período de trinta dias posteriores após serem atingidos $\frac{2}{3}$ na votação da emenda. Ademais, é válido destacar que, em seu primeiro parágrafo, o artigo dispõe que a emenda só será vinculante para os Estados os quais a aceitaram.

ARTICLE 20. RESERVATIONS

No artigo 20, é definido que reservas incompatíveis com o objeto e a finalidade do Tratado não serão permitidas. Além disso, o artigo estabelece que as reservas podem ser retiradas a qualquer momento.

ARTICLE 21. DENUNCIATION

O artigo 21 disciplina sobre a denúncia. Em seu conteúdo, é expresso que os Estados podem realizar denúncias ao Secretário-Geral das Nações Unidas e que a denúncia deve se tornar efetiva no período de um ano após o recebimento da notificação da denúncia.

ARTICLE 22. DEPOSITARY AND LANGUAGES

Em seu último artigo, o *Draft One* estabelece que o Secretário-Geral das Nações Unidas será o depositário do Tratado, e que seu texto deve ser traduzido em árabe, chinês, inglês, francês, russo e espanhol, línguas oficiais da ONU.

2. CONCLUSÕES

De acordo com todas as informações e observações aqui apresentadas, conclui-se que o documento, apesar de representar a continuidade do processo de elaboração de um tratado em direitos humanos e empresas, o que deve ser considerado positivo, apresenta uma série de questões extremamente problemáticas para a agenda e que podem influenciar de forma contundente em uma futura aplicação do tratado.

O instrumento *Draft One* apresenta foco em responsabilização dos Estados e acesso à justiça e remédios. Porém, para tal missão ser eficientemente cumprida, seria preciso uma maior desconstrução das estruturas fundantes do sistema, pois não é possível concretizar os objetivos do Tratado sem questionar questões basilares da chamada *lex mercatoria*¹⁴. Pontos como o escopo do tratado, agora expandido para todas as atividades comerciais e a falta de obrigações diretas às empresas colocam essa eficiência em dúvida. Nesse sentido, os Elementos contribuíam mais. Se o Tratado

14 Zubizarreta e Ramiro (2016, p. 7) definem *lex mercatoria* como o novo regime normativo global que garante certeza jurídica aos negócios realizados por grandes corporações, mas que relega suas obrigações sociais, trabalhistas e ambientais a uma lógica voluntarista, baseada no conceito de “ética corporativa”.

não for capaz de atender aos atingidos e atingidas por violações que enfrentam enorme desequilíbrio em relação às empresas transnacionais e não conseguir fornecer a elas essa possibilidade de resistência, ele perde sua razão de ser.

A criação de uma Corte também deveria ser elemento chave do Tratado, para que maior efetividade de cumprimento de seus dispositivos fosse garantida. Afinal, não há uma corte internacional global com sentenças vinculantes que exerça jurisdição em matéria de Direitos Humanos e onde o indivíduo possa ser parte ativa de seu processo, denunciando a violação sofrida, e recebendo a reparação correspondente. Sem esse tipo de decisão que vincula, muitas vezes a eficácia de tratados fica diminuída.

Em termos de estrutura e linguagem, apesar da evidente melhora do texto geral e padronização da sua estrutura, o *Draft One*, assim como o *Draft Zero*, utiliza o tempo todo o termo “shall”, que é bem menos incisivo do que “must”, demonstrando um alinhamento do *draft* com uma lógica menos vinculante e mais voluntarista¹⁵.

Para que o Tratado possa exercer verdadeiro papel de mudança de paradigma, será necessário um texto mais assertivo, que não relativize seus próprios dispositivos em vista do direito doméstico e que seja capaz de verdadeiro *enforcement*, comprometido com a primazia dos Direitos Humanos. Só aí poder-se-á falar de diminuição da impunidade de transnacionais e Estados por violações de Direitos Humanos em escala global.

15 <https://plainlanguage.gov/guidelines/conversational/shall-and-must/>

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, D. M. e ROLAND, M. C., *The Need for a Treaty: expectations on counter hegemony and the role of civil society*. In: DEVA, Surya & BILCHITZ, David. *Building a Treaty on Human Rights: context and contours*. Cambridge University Press, 2017.

DE SCHUTTER, Olivier. *The Elements for the draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights: A Comment*.

DEVA, Surya. Acting Extraterritorially to Tame Multinational Corporations for Human Rights Violations: Who Should 'Bell the Cat?'. *Melbourne Journal of International Law* 37. Disponível em: <<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2004/2.html>>.

GLOBAL CAMPAIGN TO RECLAIM PEOPLES SOVEREIGNTY, DISMANTLE CORPORATE POWER AND STOP IMPUNITY. *Treaty on Transnational Corporations and their supply chains with regard to Human Rights*. Outubro 2017.

GUAMÁN, Adoración. *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*.

HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan, *El Tratado Internacional de los Pueblos para el Control de las Empresas Transnacionales: Un análisis desde la sociología jurídica*.

_____. GONZÁLEZ, Erika y RAMIRO, Pedro. *Tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales. Cuadernos de Trabajo*, Hegoa, no 64, 2014.

_____. *El Tribunal Internacional para el control de las empresas transnacionales y los derechos humanos. Transnacionales y Derechos Humanos Alai no 520*, diciembre 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução A/HRC/RES/26/9 do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas*. Genebra: Nações Unidas, 2014a

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

ROLAND, Manoela C; ARAGÃO, Daniel M; ANGELUCCI, Paola D; NETO, Arindo A; GALIL, Gabriel C; LELIS, Rafael C. *Desafios e perspectivas para a construção de um instrumento*

jurídico vinculante em direitos humanos e empresas. REVISTA DIREITO GV | SÃO PAULO: V. 14 N. 2. 393-417. MAIO-AGO 2018.

ZUBIZARRETA, Juan Hernández; RAMIRO, Pedro. *Against the “Lex Mercatoria”: proposals and alternatives for controlling transnational corporations*. Madrid: OMAL, 2016.

_____. La responsabilidad social corporativa y las empresas transnacionales: de la ética de la empresa a las relaciones de poder. *Revista de Relaciones Laborales, Lejona*, v. 2, n. 19, p. 17-49, 2008.



CENTRO DE
DIREITOS HUMANOS
E EMPRESAS



FORDFOUNDATION

homacdhe.com