



Bárbara Dayana Brasil

DIREITOS HUMANOS E INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NA ORDEM INTERNACIONAL: perspectivas para interação

Tese de doutoramento em

Direito, ramo de Direito Público - modalidade de doutoramento com curso, orientada pelo
Professor Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Maio de 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Bárbara Dayana Brasil

Direitos Humanos e Investimento Estrangeiro na Ordem Internacional: perspectivas para interação

Tese de Doutoramento em Direito, ramo de Direito Público – modalidade de doutoramento com curso, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra para obtenção do grau de Doutor

Orientador: Professor Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado

Coimbra, 2017

*Aos que não têm voz diante das
injustiças deste mundo.*

AGRADECIMENTOS

*A Deus, por Seus propósitos na minha
vida;
Aos meus pais, por tudo;
ao Sr. Dr. Jónatas Machado, pela
permanente disponibilidade;
aos colegas e amigos, pelo incentivo.*

RESUMO

A investigação volta-se a analisar a interação entre os direitos humanos e o regime do investimento estrangeiro na ordem internacional. O estudo parte das mudanças estruturais no quadro teórico do direito internacional após a globalização. Com isso, inúmeros desafios apresentaram-se à disciplina, dentre eles, a existência de regimes especializados que, com frequência, colocam em causa sua unidade e coerência. Pretende-se demonstrar as peculiaridades de cada um dos regimes referidos, seus distanciamentos e possíveis aproximações. Uma abordagem sobre o direito internacional econômico revela os desenvolvimentos que o tornaram peculiar desde sua formação, fundamentação moral, até a consolidação da ordem econômica neoliberal e o protagonismo de grandes atores econômicos mundiais, como as empresas multinacionais. Nesse quadro, a estrutura do regime internacional do investimento estrangeiro apresenta-se exclusivamente de acordo com a racionalidade econômica e seus propósitos. A configuração dos tratados, suas disposições e a presença de um mecanismo de solução de controvérsias apenas para as reivindicações dos investidores face aos Estados receptores dos investimentos apontam para a proteção do investidor sem consideração às normas de direitos humanos. No centro, vislumbra-se o desestímulo para que os Estados adotem medidas de proteção aos direitos humanos, em cumprimento as suas obrigações internacionais, diante da reivindicação de compensação por parte dos investidores estrangeiros que as consideram expropriatórias. A questão refere-se a capacidade do regime do investimento estrangeiro em compatibilizar-se com o desenvolvimento sustentável. Por outro lado, a sistemática de proteção internacional dos direitos humanos revela que, embora se tenha alcançado grandes avanços, não se encontram respostas adequadas para os abusos de direitos humanos praticados por atores não estatais, em especial os investidores estrangeiros. Apesar do reconhecimento de que os direitos humanos podem produzir efeitos sobre os atores não estatais, inexistem mecanismos capazes de proporcionar a responsabilidade direta das multinacionais pela ausência de personalidade jurídica internacional. É ainda sobre o Estado que recai a responsabilidade, enquanto as empresas multinacionais possuem apenas responsabilidade social ditada por instrumentos de *soft law*. A insuficiência destes mecanismos acarreta grandes dificuldades às vítimas dos abusos provocados pelas empresas multinacionais, o que reclama uma estrutura de responsabilização à altura. Neste quadro, são avaliadas as possibilidades e as dificuldades das vítimas dos abusos de direitos humanos para responsabilização das empresas multinacionais no Estado receptor dos investimentos e nos Estados de origem dos investidores. Da observação do quadro regulatório incidente sobre cada regime e a partir de uma perspectiva sistêmica do direito internacional, é possível chegar a conclusões que permitem compreender os desafios colocados por estes campos e extrair lições conducentes aos desenvolvimentos desejados, quais sejam o desenvolvimento global sustentável e à dignidade humana.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Investimento Estrangeiro. Interação. Globalização. Empresas Multinacionais. Desenvolvimento Global. Desenvolvimento Sustentável.

ABSTRACT

The research examines the interaction between human rights and the regime of foreign investment in the international order. The study starts from the structural changes in the theoretical framework of international law after globalization. As a result, a number of challenges have arisen in the discipline, among them, the existence of specialized regimes that often call into question its unity and coherence. The aim is to demonstrate the peculiarities of each of the mentioned regimes, their distances and possible approximations. The approach to international economic law reveals the developments that have made it peculiar since its formation, moral foundation, to the consolidation of the neoliberal economic order and the protagonism of great world economic actors, such as multinational corporations. In this context, the structure of the international regime of foreign investment is presented exclusively according to economic rationality and its purposes. The configuration of the treaties, their provisions and the presence of a dispute settlement mechanism only for investors' claims vis-à-vis the recipient states of the investments point to investor protection without regard to human rights standards. At the center, the disincentive for states to adopt measures to protect human rights in compliance with their international obligations is faced with the claim of compensation by foreign investors who consider them expropriatory. The issue concerns the ability of the regime of foreign investment to be compatible with the premises of sustainable development. On the other hand, the system of international protection of human rights reveals that, although great progress has been made, adequate responses to human rights abuses by non-state actors, especially foreign investors, are not yet available. Despite the recognition that human rights can have effects on non-state actors, there are no mechanisms capable of providing the direct responsibility of multinationals for the lack of international legal personality. It is still the responsibility of the state, while multinational corporations have only social responsibility dictated by soft law instruments. The inadequacy of the mechanisms entails great difficulties for the victims of the abuses provoked by the multinational companies, which demands a structure of accountability to the height. In this context, the possibilities and difficulties of the victims of human rights abuses for the accountability of multinational corporations in the receiving State of the investors and in the States of origin of the investors are assessed. From observing the regulatory framework on each regime and from a systemic perspective of international law, it is possible to arrive at conclusions that make it possible to understand the challenges posed by these fields, and to draw lessons that are conducive to the desired developments, as the sustainable global development and the human dignity.

Keywords: Human Rights. Foreign Investment. Interaction. Globalization. Multinational Companies. Global Development. Sustainable Development.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ALCA	Área de Livre Comércio das Américas
ARB	Arbitragem
ASEAN	Associação das Nações do Sudeste Asiático
ATCA	Alien Tort Claims Act
AUD	Dólar australiano
BIRD	Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento
BIT	Bilateral Investment Treaty
BM	Banco Mundial
BRICS	Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CADHP	Convenção Africana de Direitos Humanos e dos Povos
CCE	Câmara de Comércio de Estocolmo
CCI	Câmara de Comércio Internacional
CDI	Comissão de Direito Internacional
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
CEE	Conselho das Comunidades Europeias
CFTEA	Costs Follow The Event
CMC	Conselho do Mercado Comum
COMESA	Mercado Comum da África Oriental e Austral
CPA	Corte Permanente de Arbitragem
CSE	Carta Social Europeia
DARS	Draft Articles on the Responsibility of State
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EUA	Estados Unidos da América
FDI	Foreign Direct Investment
FMI	Fundo Monetário Internacional
GATS	Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços
GATT	Acordo Geral de Tarifas e Comércio
ICISS	International Commission on Intervention and State Sovereignty
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IED	Investimento Estrangeiro Direto

IIDS	Instituto Internacional do Desenvolvimento Sustentável
IISD	International Institute for Sustainable Development
ILA	International Law Association
ILT	International Legal Theory
INMETRO	Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia
ISO	International Organization for Standardization
MAI	Multilateral Agreement on Investment
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NOEI	Nova Ordem Econômica Internacional
ODMs	Objetivos de Desenvolvimento do Milênio
OEA	Organização dos Estados Americanos
OECD (OCDE)	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
OUA	Organização da Unidade Africana
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PYOWA	Pay Your Own Way
R2P	Responsibility to Protect
SAI	Social Accountability International
SDLP	Sustainable Development Law & Policy
TADHP	Tribunal Africano dos Direitos Humanos
TCE	Tratado da Carta de Energia
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TIADH	Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos
TIJ	Tribunal Internacional de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TPI	Tribunal Penal Internacional
TRIMS	Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio

TRIPS	Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
UE	União Europeia
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCLOS	United Nations Convention on the Law of the Sea
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNDP	United Nations Development Programme
URSS	União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	2
RESUMO	3
ABSTRACT	4
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	5
SUMÁRIO	8
INTRODUÇÃO	13

PARTE I

CONTEXTUALIZAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL

CAPITULO I - As mudanças estruturais no quadro teórico do Direito Internacional	19
1 Enquadramento	19
2 O desenvolvimento do Direito Internacional	19
3 Os efeitos da globalização sobre o quadro teórico do Direito Internacional	30
3.1 A questão da fragmentação do Direito Internacional	42
3.2 A discussão sobre a <i>autossuficiência</i> dos regimes especiais	47
3.3 A imprescindível interação entre os regimes do direito internacional	50
4 Os direitos humanos e o direito internacional do investimento estrangeiro: entre a dimensão cooperativa e a dimensão conflitual	54

PARTE II

O REGIME DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO QUADRO DO DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO: UM ESPAÇO PARA OS DIREITOS HUMANOS?

CAPÍTULO I - O quadro do direito internacional econômico	58
1 As principais nuances da evolução do direito internacional econômico	58
2 As discussões sobre o direito ao desenvolvimento	68
3 O protagonismo das empresas multinacionais	78
3.1 As dificuldades pela ausência de personalidade jurídica internacional	89
3.2 A insuficiência da responsabilidade social das empresas multinacionais	97
4 A crise de legitimidade no Direito Internacional Econômico	100
CAPÍTULO II – As peculiaridades do regime internacional do investimento estrangeiro	104
1 Definições no âmbito do investimento estrangeiro	104
2 A evolução do direito internacional do investimento estrangeiro	106
2.1 As discussões sobre a proposta do Acordo Multilateral de Investimentos	114
3 A estrutura da regulação internacional do investimento estrangeiro	114
4 As fontes do direito internacional do investimento estrangeiro	117
4.1 O costume internacional	117
4.2 Os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas	119
4.3 As decisões judiciais e a doutrina internacional	121
4.4 As convenções internacionais	122
4.4.1 As convenções multilaterais	122
4.4.2 Os tratados bilaterais e suas principais disposições	129
4.5 Os contratos de investimento	148
CAPÍTULO III – O regime do investimento estrangeiro: um desafio à proteção dos Direitos Humanos	152
1 O criticismo incidente sobre o regime do investimento estrangeiro	152
1.1 Críticas relativas aos tratados de investimento	155
1.2 Críticas relativas à arbitragem de investimentos	163

1.3 Críticas relativas aos custos da arbitragem de investimentos	175
2 A reação global ao regime do investimento estrangeiro	177
3 Os direitos humanos no regime do investimento estrangeiro	181
3.1 Os potenciais conflitos	185
3.1.1 O caso das medidas de controle do tabaco	195
3.2 As justificativas dos Estados pela adoção de medidas de proteção a direitos humanos	198
3.3 A arbitragem de investimentos e os direitos humanos	202
4 O papel do regime do investimento estrangeiro no desenvolvimento global	215

PARTE III

A RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E OS INVESTIDORES ESTRANGEIROS: HÁ ESPAÇO PARA RESPONSABILIDADES?

CAPÍTULO I - A proteção internacional dos Direitos Humanos	223
1 O desenvolvimento dos Direitos Humanos	223
2 Os fundamentos da proteção dos direitos humanos	242
2.1 Os direitos humanos como limite ao poder	243
2.2 A proteção da dignidade humana	245
3 O alcance da proteção internacional dos direitos humanos	249
3.1 A estrutura dos Direitos Humanos	252
3.2 O sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos	255
4 Nota conclusiva	265
CAPÍTULO II – As Normas de Direitos Humanos e os Atores Não Estatais	268
1 Nota introdutória	268
2 O desenvolvimento da questão	271
3 As principais discussões sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas	276
4 A questão da eficácia horizontal dos direitos humanos	286

4.1 A posição doutrinária	286
4.2 A interpretação das comissões e tribunais de direitos humanos	292
5 Os reflexos nos mecanismos de responsabilização por abuso de direitos humanos nas relações privadas	302
5.1 A responsabilidade internacional do Estado por omissão	302
5.2 A responsabilidade penal individual por grave violação de direitos humanos	308
5.3 A (ir) responsabilidade das empresas multinacionais	312
CAPÍTULO III – Os Direitos Humanos e os investidores estrangeiros	314
1 Enquadramento	314
2 A natureza dos abusos de Direitos Humanos pelos investidores estrangeiros	317
3 A aplicação dos Direitos Humanos às empresas multinacionais	321
4 A extensão da responsabilidade das empresas multinacionais	324
5 Os mecanismos para a responsabilização dos investidores estrangeiros	329
5.1 Não judiciais	330
5.1.1 Os códigos de conduta das empresas multinacionais	332
5.1.2 Os códigos de conduta das organizações internacionais	335
5.1.2.1 O Código de Conduta da ONU sobre Empresas Transnacionais	335
5.1.2.2 As Diretrizes para Empresas Multinacionais da OCDE	336
5.1.2.3 A Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social	337
5.1.2.4 O Pacto Global da ONU	338
5.1.2.5 As Normas sobre as Responsabilidades em Direitos Humanos das Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados da ONU	339
5.1.2.6 Os princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos	341
5.2 Judiciais	343
5.2.1 No Estado receptor	343
5.2.2 No Estado de origem	347
5.2.2.1 O Alien Tort Claims Act nos Estados Unidos	353

5.2.2.2 A extraterritorialidade fora dos Estados Unidos	359
6 Síntese conclusiva	367

PARTE IV

DIREITOS HUMANOS E INVESTIMENTO ESTRANGEIRO: UMA APROXIMAÇÃO NECESSÁRIA

CAPÍTULO I – Premissas para a interação entre o regime do investimento estrangeiro e os direitos humanos	372
1 Uma visão sistêmica do direito internacional	372
2 A correção da miopia do direito internacional do investimento estrangeiro	384
3 O Direito Internacional dos Direitos Humanos rumo a novos desenvolvimentos	399
CONCLUSÃO	410
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	415

INTRODUÇÃO

O direito internacional do investimento estrangeiro e os direitos humanos são ambos campos relevantes e em expansão no direito internacional. Especialmente após a globalização, os países em desenvolvimento buscaram atrair capital estrangeiro como um instrumento para seu crescimento econômico. Ao adotarem a teoria do desenvolvimento do sistema financeiro internacional, os Estados passaram a competir entre si e a oferecer aos investidores incentivos fiscais, subsídios e padrões regulatórios mais brandos para obter tecnologia e empregos¹. Com aproximadamente 3.304 tratados de investimento², o direito internacional do investimento estrangeiro estruturou-se como um regime especial, com um mecanismo próprio de solução de disputas³.

Paralelamente, desde a Segunda Guerra, os Estados estiveram mais envolvidos na sistemática de proteção da dignidade humana. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), os respectivos pactos e as diversas convenções, aliadas a uma complexa estrutura de proteção a esses direitos, impuseram a adoção de medidas para combater qualquer espécie de violação, e ao princípio da soberania vinculou-se outro princípio constitucional da ordem internacional: o da proteção aos direitos humanos⁴. O direito internacional viu-se diante de um novo paradigma, que permitiu a elevação da condição da sociedade internacional de uma relação de coexistência marcada por obrigações jurídicas e pela busca de interesses individuais a uma comunidade internacional moldada pelo interesse público e por valores fundamentais comuns⁵.

Embora o direito internacional tenha avançado em ambos os planos, ao relacioná-los surgem tensões relevantes. Isso se verifica em parte por conta de um fenômeno mais amplo, atribuído à fragmentação do direito internacional. Com a especialização dos distintos âmbitos, foram criadas subcomunidades epistêmicas, com terminologias e conceitos próprios, que

¹ SCHEFER, K. N. **International Investment Law: text, cases and materials**. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2013, p. 9.

² UNCTAD. **World Investment Report 2016**. Geneva: United Nations, 2016, p. XII.

³ UNCTAD. Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement. **IIA Issues Note**, n. 1, 2013. 36 p. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf>. Acesso em: 16 maio 2014.

⁴ SALCEDO, J. A. C. La Tensión entre Derechos Humanos y Soberanía de los Estados en Derecho Internacional Contemporáneo. In: MARZAL, A. (Ed.). **Los Derechos Humanos en el Mundo**. Barcelona: ESADE, 2000, p. 20.

⁵ FLOH, F. Direito internacional contemporâneo: elementos para a configuração de um direito internacional na ordem internacional neo-vestfaliana. In: CASELLA, P. B. et. al. **Direito internacional, humanismo e globalidade**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 226.

pouco se comunicam⁶. Fundados em estruturas assentadas sobre lógicas distintas, no conflito entre o regime dos direitos humanos e do investimento estrangeiro o foco tem sido voltado aos prejuízos sofridos pelos investidores diante de medidas de proteção aos direitos humanos adotadas por Estados receptores. Pelo regime do investimento estrangeiro, os investidores podem pleitear compensação dos Estados receptores nos tribunais arbitrais em desestímulo nítido à proteção dos direitos humanos.

De outro lado, a sistemática de proteção dos direitos humanos não possui um mecanismo equivalente para a responsabilidade direta dos investidores estrangeiros por abusos aos direitos humanos cometidos nos Estados receptores. Mesmo com novos atores no cenário internacional, a proteção de tais direitos não tem alcançado respostas aos desafios colocados por atores não estatais, situação que coloca as vítimas dos abusos em condição insuficiente de proteção pelo direito internacional, pois lhes resta a opção de demandar contra o investidor estrangeiro nos tribunais locais ou no Estado de origem da empresa multinacional. Nas duas hipóteses, os obstáculos são diversos e geralmente levam à impunidade dos grandes conglomerados empresariais multinacionais.

O quadro descrito, ao tempo em que beneficia alguns, permite a preterição de direitos de outros, em função da insuficiência e, por vezes, ausência de interação entre campos do direito internacional. A aparente “impermeabilidade” do direito internacional econômico e, consequentemente, do regime do investimento estrangeiro às normas de direitos humanos, revela-se vantajosa aos grandes atores transnacionais que operam sem a limitação jurídica devida e, por outro lado, mostra-se como restrição ao indivíduo que, diante dos abusos cometidos no Estado receptor dos investimentos, não encontra mecanismos diretos no direito internacional para proteção de sua dignidade.

Dessa assimetria⁷ surge o problema sobre o qual recai a pesquisa: na atual ordem internacional, é possível a interação entre o regime do investimento estrangeiro e a proteção internacional dos direitos humanos? A questão impõe uma reflexão crítica⁸ e exige uma solução premente, pois envolve relações entre Estados, participantes ativos do processo

⁶ KRIEBAUM, U.; SCHEREUER, C. The concept of property in human rights law and international investment law. In: BREITENMOSER, S.; EHRENZELLER, B.; SASSOLI, M; STOFFEL, W.; WAGNER PFEIFER, B. (Eds.). **Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber**. Baden-Baden: Dike, 2007. Disponível em: <www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/88_concept_property.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.

⁷ HIRSCH, M. Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths. In: DUPUY, P.-M.; FRANCIANI, F; PETERSMANN, E.-U. (Eds.). **Human rights in international investment law and arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009b.

⁸ NEVES, A. C. **Metodologia Jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 23.

econômico e reguladores internos da economia, empresas privadas com atuação no exterior e que produzem impactos nos Estados receptores de seus investimentos, influenciando toda a vida social, econômica e política do local em que é realizado, e indivíduos, titulares de dignidade protegida pelos direitos humanos.

O problema da desconsideração dos direitos humanos pelo regime do investimento estrangeiro passou a chamar a atenção dos internacionalistas pelo papel dos grandes atores privados que, de marginal, se tornou central no desenvolvimento global⁹. Com isso, foram inseridas considerações sobre direitos humanos nos tratados de investimento, e as arbitragens de investimento começaram a confrontar-se com tais argumentos. Sob a óptica dos direitos humanos, discute-se sua aplicabilidade aos atores não estatais, principalmente às multinacionais, tão ou mais poderosas que muitos Estados, porém, geralmente, impunes pelos abusos praticados. Os diversos mecanismos de *soft law* voltados à responsabilidade social das empresas e o crescente movimento das ONGs (organizações não governamentais) apontam para a necessidade de novos desenvolvimentos para a responsabilização efetiva desses atores.

A aproximação entre os direitos humanos e o direito internacional do investimento estrangeiro, embora não desejada pela racionalidade econômica dominante¹⁰, reflete um enfrentamento inadiável para o direito internacional. A abordagem que se propõe volta-se ao exame das implicações das normas de direitos humanos sobre o regime do investimento estrangeiro e das responsabilidades dos investidores estrangeiros sobre esses direitos. Busca-se analisar as características do quadro regulatório incidente sobre cada campo e apurar os respectivos distanciamentos. A hipótese de que se parte é que há uma assimetria entre direitos (conferidos pelo regime do investimento estrangeiro) e obrigações (de direitos humanos) para os investidores estrangeiros.

O tema mostra-se fundamental por duas razões: a primeira prende-se com a questão da unidade do direito internacional, confrontada pela desconsideração dos direitos humanos pelo regime do investimento estrangeiro e a segunda é que o investimento estrangeiro tem um papel relevante no desenvolvimento global, pelo que não se admite a ausência de definições quanto às responsabilidades dos investidores estrangeiros na hipótese de sua atuação resultar em abusos aos direitos humanos.

⁹ VIÑUALES, J. E. **Foreign Investment and the Environment in International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 9.

¹⁰ BRANCO, M. C. **Economia Política dos Direitos Humanos**. Lisboa: Sílabo, 2012, p. 13.

Na conjuntura econômica mundial, que tende a estimular os fluxos de investimento, justifica-se a necessidade de estudar a questão para que se possa alcançar a conciliação do desenvolvimento econômico com outros interesses não menos dignos de tutela, como a dignidade humana. Por isso, o contributo essencial que se pretende apresentar reside na investigação das possíveis aproximações entre esses regimes do direito internacional, partindo de uma abordagem fundada nos direitos humanos.

A metodologia de pesquisa utilizada consistiu, fundamentalmente, no levantamento bibliográfico sobre quatro partes principais que serão abordadas no estudo¹¹. A primeira, voltada ao enquadramento da ordem jurídica internacional, da qual constará um capítulo sobre as mudanças no quadro teórico do direito internacional desde o paradigma clássico até os dias atuais, com ênfase nas modificações oriundas da globalização, de que decorre a problemática da ausência ou insuficiência de interação dos regimes dos direitos humanos e do investimento estrangeiro no direito internacional.

A segunda parte apresentará o ambiente do direito internacional econômico, sobre o qual se estruturou o regime do investimento estrangeiro direto e as características deste regime, para avaliar as críticas incidentes sobre esse campo e perquirir o espaço dos direitos humanos. Essa parte englobará três capítulos: o primeiro, voltado à análise do ambiente do direito internacional econômico, o segundo, que apresentará a estrutura do regime do investimento estrangeiro direto, e o terceiro, que colocará os principais desafios, especialmente em relação aos direitos humanos.

A terceira parte investigará, sob a óptica dos direitos humanos, o papel dos investidores estrangeiros nesse plano e os atuais mecanismos de responsabilização por abusos que suas atividades possam acarretar a tais direitos. Isso se dará em três capítulos: o primeiro, apresentando a estrutura e o alcance da proteção internacional dos direitos humanos, o segundo analisará a relação entre direitos humanos e atores não estatais e as vias para responsabilização por abuso nas relações particulares e o terceiro, que se centrará na análise específica das relações entre investidores estrangeiros e direitos humanos, atentando-se aos mecanismos disponíveis para as vítimas de abusos.

A última parte buscará, a partir da realidade conhecida, apontar as aproximações possíveis para uma interação entre o investimento estrangeiro e os direitos humanos. Para tanto, contará com um capítulo que estabelecerá as premissas para o diálogo a partir de

¹¹ A título de explicação prévia, a padronização metodológica do texto segue os critérios estabelecidos pela ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas e pelo Regulamento de Identificação Visual da Universidade de Coimbra.

sugestões e alternativas para cada um dos regimes. O propósito de todo o levantamento bibliográfico foi, diante do complexo cenário que envolve a relação dos direitos humanos com o regime internacional do investimento estrangeiro, sistematizar as peculiaridades de cada regime e indicar possíveis aproximações com vistas ao desenvolvimento sustentável.

Por fim, serão apresentadas as conclusões, que não têm pretensão de apontar verdades definitivas, mas de contribuir com a solução do problema oriundo do atual estado do direito internacional, o qual jamais poderá perder de vista seu sentido último: a proteção da pessoa humana e de sua dignidade.

PARTE I

CONTEXTUALIZAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL

CAPÍTULO I

AS MUDANÇAS ESTRUTURAIS NO QUADRO TEÓRICO DO DIREITO INTERNACIONAL

1 Enquadramento

A presente investigação volta-se aos desafios colocados pela relação entre os direitos humanos e o regime do investimento estrangeiro, o que torna imprescindível o delineamento dos pressupostos constitutivos do problema¹² a partir da análise do contexto jurídico internacional¹³. O cenário internacional, cada vez mais complexo, tem apresentado modificações estruturais no quadro teórico do direito internacional pela aproximação entre realidades distintas, acentuadas pela globalização. As perspectivas dividem-se, no geral, entre os que sustentam que se está a construir um mundo globalmente conectado com princípios comuns¹⁴ e, de outro lado, os que defendem a pluralidade de valores retratada pela diversidade de instituições e normas jurídicas¹⁵.

Na prática, frequentemente se tem constatado uma dificuldade no direito internacional ante a ausência de um ambiente normativo e institucional harmônico. Para caracterizar o contexto no qual se estabelece o problema, serão abordados os principais desenvolvimentos que culminaram com o quadro atual.

2 O desenvolvimento do direito internacional

O direito internacional experimentou grandes mudanças ao longo da história, o que lhe conferiu uma característica dinâmica¹⁶. Trata-se de um sistema complexo¹⁷ que estabelece

¹² NEVES, A. C. **Metodologia Jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 9.

¹³ FRIEDMAN, L. M. Borders: On the Emerging Sociology of Transnational Law. In: **Stanford Journal of International Law**, v. 32, p. 65-90, 1996.

¹⁴ DELMAS-MARTY, M. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

¹⁵ TEUBNER, G. Global Law Without a State. In: PETERSEN, H.; ZAHLE, H. (Eds.). **Legal polycentricity: consequences of pluralism in law**. Aldershot: Dartmouth, 1995.

¹⁶ DUPUY, R.-J. **O Direito Internacional**. Trad. Clotilde Cruz. Coimbra: Almedina, 1993. p. 27.

¹⁷ SCHODERBEK, P. P.; SCHODERBEK, C. G.; KEFALAS, A. G. **Management Systems - Conceptual Considerations**. EUA: Irwin, 1990. BERTALANFFY, L. von. **Teoria Geral dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 1975. PRIGOGINE, I. O fim da certeza. In: MENDES, C.; LARRETA, E. (Orgs.). **Representação e**

relações de interdependência com questões sociais, econômicas e políticas¹⁸. Para a identificação das principais transformações¹⁹, convém retratá-lo desde o modelo “clássico”, baseado na noção de fronteira e nas relações interestaduais²⁰, até a perspectiva “contemporânea”, que inclui outras relações da ordem internacional.

Embora muitos fatores tenham influenciado o desenvolvimento da disciplina²¹, sua evolução está ligada à história do Estado²²; por isso, a partir do final da Idade Média, produziram-se os desenvolvimentos mais radicais²³. A fase das grandes descobertas fez surgir novas perspectivas econômicas, sociais e políticas no quadro mundial e, aliada à noção de Estado²⁴, produziu uma nova etapa nas relações internacionais²⁵.

Com a superação do feudalismo, as fontes de produção jurídica, que eram esparsas, organizaram-se em um governo centralizado na figura do rei. O direito unificou-se, e o soberano passou a personificar o Estado²⁶. Durante o século XVI, a Igreja Católica foi a única instituição de âmbito continental no Ocidente da Europa, e apenas com a Reforma houve o enfraquecimento do poder eclesiástico e o fortalecimento do poder civil. De 1618 a 1648, a Europa foi palco da Guerra dos Trinta Anos, que se encerrou com os Tratados de Vestfália²⁷ a fixar as fronteiras político-religiosas da Europa²⁸. O direito público europeu marcou a transição da *res publica christiana* para o *sistema europeu de Estados*²⁹ e, desde então, um

Complexidade. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2003. BOFF, L. **A águia e a galinha:** uma metáfora da condição humana. Petrópolis: Vozes, 1997. LUHMANN, N. **Introdução à teoria dos sistemas.** Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

¹⁸ CASSESE, A. **International Law.** 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

¹⁹ DUARTE, M. L. **Direito Internacional Público e Ordem Jurídica Global do Século XXI.** Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

²⁰ MARTINS, R. C. **O Método da Fronteira:** radiografia histórica de um dispositivo contemporâneo (matrizes ibéricas e americanas). Coimbra: Almedina, 2007.

²¹ CUNHA, J. M. da S.; PEREIRA, M. da A. do V. **Manual de Direito Internacional Público.** Coimbra: Almedina, 2000. p. 9.

²² MIRANDA, J. **Curso de Direito Internacional Público.** 5. ed. Cascais: Principia, 2012. p. 8.

²³ TRUYOL Y SERRA, A. **História do Direito Internacional Público.** Trad. Henrique Barrilaro Ruas. Lisboa: Instituto Superior de Novas Profissões, 1996. p. 15.

²⁴ MARAVALL, J. A. **Estado moderno y mentalidad social.** Madrid: Alianza Editorial, 1986.

²⁵ BRITO, W. **Direito Internacional Público.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 47.

²⁶ ARRUDA, A. A Formação do Estado Moderno sob a Concepção dos Teóricos Contratualistas. In: **Revista do Curso de Direito UNIFOR**, Formiga, v. 4, n. 1, p. 51-57, jan./jun. 2013. PERRY, A. **As linhagens do Estado Absolutista.** São Paulo: Brasiliense, 1989.

²⁷ HART-DAVIS, A. **Grande Enciclopédia da História: da Aurora da Civilização à Actualidade.** Trad. Sofia Gomes. Porto: Civilização Editores, 2007. DUARTE, 2014, p. 65.

²⁸ TRUYOL Y SERRA, 1996, p. 75. HOMEM, A. P. B. **História das Relações Internacionais:** o direito e as concepções políticas na Idade Moderna. Coimbra: Almedina, 2003, p. 8.

²⁹ QUEIROZ, C. **Direito Internacional e Relações Internacionais:** organizações internacionais. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 17.

sistema pluralista e secular de uma sociedade de Estados independentes substituiu a ordem provincial e hierarquizada da Idade Média³⁰.

Embora os Tratados de Vestfália não incluíssem as palavras Estado³¹ soberano³², o princípio entre Estados independentes de qualquer tutela imperial ou pontifícia era do equilíbrio das potências³³. Pela inexistência de vínculos de subordinação a poderes superiores³⁴, a sociedade internacional tomou a forma de uma associação de Estados soberanos³⁵. O modelo clássico do direito internacional³⁶ caracterizou-se, em essência, por cinco pontos³⁷: (I) a centralidade do tratado na conformação das relações entre os Estados, assegurando a voluntariedade e o princípio da igualdade soberana; (II) o surgimento de uma pluralidade de Estados que reclama o exercício de poderes soberanos absolutos dentro de seu território, independentemente das interferências do Papa; (III) a introdução da tolerância religiosa e ao proceder ao reconhecimento da independência da Holanda e da Confederação Helvética (IV) lançou as bases para a primazia do direito constitucional alicerçado na soberania popular; por fim, (V) permitiu a desconessionalização e secularização da política, do Estado e do direito, nacional e internacional³⁸. Esse modelo foi um “divisor de águas” na história do direito internacional³⁹ pela institucionalização do poder e pela delimitação da noção de fronteira atrelada ao conceito de Estado⁴⁰.

Na altura, o direito internacional detinha duas funções principais: permitir a coexistência entre Estados heterogêneos, mas juridicamente iguais, e promover a cooperação

³⁰ VISSCHER, C. de. **Théories et réalités en droit international public**. Paris: A. Pedone, 1953, p. 60.

³¹ MIRANDA, J. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 34. MAQUIAVEL, N. **O Príncipe**. Trad. Lívio Xavier. São Paulo: Edipro, 1995. KELSEN, H. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

³² BODIN, J. **Os Seis Livros da República** - Livro Sexto. Trad. José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2012.

³³ TRUYOL Y SERRA, 1996, p. 76.

³⁴ Em Hobbes (2000) surgiram as primeiras objeções e a afirmação de que o direito internacional trata-se apenas de direito natural. A equiparação do direito internacional a moral internacional foi defendida por John Austin. Para ele, toda a norma jurídica teria característica de uma ordem de uma autoridade. O direito internacional não poderia ter natureza jurídica, por não existir autoridade internacional (CUNHA; PEREIRA, 2000, p. 17).

³⁵ Os Estados e a soberania viriam a sofrer uma erosão apenas partir das transformações do século XX (HOMEM, 2003, p. 93); o século 19 deu forma a temas que levaram a momentos importantes do século 20, como: economia global, direitos humanos e outros. (KENNEDY, 1977; KOSKENIEMMI, 2009).

³⁶ KACZOROWSKA, A. **Public International Law**. 4. ed. Nova York: Routledge, 2010, p. 3.

³⁷ MACHADO, J. **Direito Internacional: Do Paradigma Clássico ao Pós 11 de Setembro**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 72.

³⁸ *Ibidem*, p. 72.

³⁹ MAZZUOLI, V. de O. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 54.

⁴⁰ Sobre o conceito de Estado, ver Burdeau (2005, p. 14-33).

internacional para satisfazer necessidades e interesses comuns⁴¹. Sua definição estava atrelada a um conjunto de normas que regulava as relações entre os Estados, em um direito de coordenação⁴². O direito internacional, a princípio, foi pensado a partir de métodos filosóficos, e a sociedade internacional aparecia como resultado da sociabilidade da natureza humana, fundada no direito natural⁴³. Com a obra *Direito da Guerra e da Paz*⁴⁴, de Grócio (2004), desenvolveram-se os pressupostos de uma concepção racionalista do direito e da sociedade⁴⁵; essa visão alicerçou a secularização do direito internacional e, aliada ao modelo de Vestfália, tornou-se base para sua sustentação⁴⁶.

Com a ativação do mecanismo da fronteira, consolidou-se a lógica organizativa cuja referencialidade sociopolítica era centrada na ideia de Estado⁴⁷, o que conduziu o direito internacional à relação contratual⁴⁸. As relações internacionais de natureza política e comercial eram caracterizadas por definições solenes e vinculativas, com a celebração de tratados, quase sempre bilaterais, e surgiam normas consuetudinárias em áreas como as que se referiam aos poderes dos Estados sobre os limites de seus territórios, as representações diplomáticas e a guerra⁴⁹. Predominava o princípio do *pacta sunt servanda*⁵⁰, e os tratados ainda desempenhavam a função de validação da aquisição de novos territórios⁵¹.

Com os desenvolvimentos da tese do *Mare Liberum*, de Grócio, que defendia o mar como *res communis*, acentuaram-se os processos de conquista e colonização⁵². Por conta da

⁴¹ ALMEIDA, F. A. de M. L. Mutações sistêmicas e normativas no direito internacional em face de novos desafios. In: **Scientia Iuridica**, t. 60. n. 326, maio-ago. 2011, p. 225.

⁴² DUPUY, 1993, p. 5-6. A locução *direito internacional* foi cunhada por Jeremy Bentham, que no seu livro de 1870, *An Introduction to the principles of morals and legislation*, usou a expressão *International Law* para identificar o direito que regula as relações entre Estados (DUARTE, 2014, p. 32).

⁴³ BRITO, 2014, p. 76. Esta linha inseria-se nos fins que a Igreja tinha em vista: afirmar uma doutrina que lhe desse supremacia (JUSTO, 2014, p. 39-41).

⁴⁴ GROTIUS, H. **O Direito da Guerra e da Paz**. Trad. Ciro Mioranza. Florianópolis: Unijuí/Fondazione Cassamarca, 2004. 2 v.

⁴⁵ HOMEM, 2003, p. 84-85. A Grócio juntou-se Hobbes, Locke, Pufendorf, Thomasius e Wolff. Como fonte do direito, a razão cumpre duas funções: construção e sistematização. Na primeira, constrói normas que derivam de outras e têm sua base na sociabilidade, felicidade, egoísmo e bondade. Na segunda, recolhe as normas em sistemas de conclusões lógicas (JUSTO, 2014, p. 41-43).

⁴⁶ MACHADO, 2006, p. 75-76.

⁴⁷ MARTINS, 2007, p. 35.

⁴⁸ Em que a indiferenciação entre as regras primárias, entre as respostas às violações das regras primárias e entre as obrigações jurídico-internacionais dos Estados constituía a nota distintiva essencial (PUREZA, 2011, p. 306 e ss.). Este é o principal argumento contra a existência do direito internacional (KACZOROWSKA, 2010, p. 4). Duarte (2014, p. 45) afirma que esta posição é extraída de um exercício de comparação entre direito internacional público e direito interno, o que denota o equívoco do raciocínio.

⁴⁹ MIRANDA, 2012, p. 10-11.

⁵⁰ Esse princípio e o da boa-fé estiveram na base dos primeiros tratados por volta de 2100 a. C. (KACZOROWSKA, 2010, p. 2).

⁵¹ MACHADO, 2006, p. 76-77.

⁵² ARBUET-VIGNALI, H.; ARÉCHAGA, E. J. de; RIPOLL, R. P. **Derecho Internacional Publico**, tomo I. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996, p. 44.

expansão marítima, da dominação colonial e do modo como foi conduzida no tratamento dos povos colonizados, os teólogos passaram a apresentar objeções às práticas desumanas e cruéis como o extermínio dos índios⁵³, o tráfico e a exploração de outros povos, contribuindo para a conscientização da necessidade de consagração de direitos humanos⁵⁴. Nesse período, o direito internacional conheceu desenvolvimentos no âmbito da *lex mercatoria*, um acervo de usos, costumes, princípios mercantis, regras, códigos de conduta e procedimentos arbitrais de resolução de disputas⁵⁵. Proliferaram-se e aperfeiçoaram-se os tratados sobre comércio e navegação que, aliados à afirmação da liberdade dos mares, permitiram a expansão do comércio ultramarino, definindo a Europa como centro de produção das regras nas relações internacionais⁵⁶.

Até o final do século XVIII, esse sistema jurídico-político manteve-se estável, e o direito internacional encontrou seus primeiros desafios com as grandes revoluções⁵⁷ que marcaram uma fase coincidente com o liberalismo burguês, o nacionalismo e o apogeu do poderio ocidental⁵⁸. Após as revoluções Americana e Francesa, o direito internacional conheceu desenvolvimentos como o direito à autodeterminação dos povos e o conceito de guerra nacional⁵⁹. O ímpeto revolucionário, associado às ideias de soberania popular e dignidade humana, pretendia inserir no direito internacional a noção de que é o direito das relações entre povos e que todos os povos, como os indivíduos, são livres e iguais⁶⁰.

O avanço tecnológico, a industrialização e a intensificação das ideias liberais, associados à Revolução Industrial, desencadearam um novo enquadramento econômico e social baseado na substituição das estruturas feudais pelas do capitalismo. Os conflitos daí advindos originaram repercussões inquestionáveis para o direito internacional⁶¹. A produção em escala de vários bens acarretou o desenvolvimento de diferentes meios de transporte, propiciando os negócios além-fronteiras e a intensificação das comunicações, a exigir regras universais de cooperação⁶². Com o Congresso de Viena (1814-1815), desenvolveu-se uma

⁵³ TRUYOL Y SERRA, 1996, p. 62. Ver Vitória (2006).

⁵⁴ BRITO, 2014, p. 50.

⁵⁵ MACHADO, 2006, p. 77.

⁵⁶ ARBUET-VIGNALI, 1996, p. 47.

⁵⁷ Ibidem, p. 51. Ver Hobsbawn (1981).

⁵⁸ MIRANDA, 2012, p. 11.

⁵⁹ HOMEM, 2003, p. 57.

⁶⁰ MIRANDA, 2012, p. 11.

⁶¹ BRITO, 2014, p. 50; BROWN, R. Globalization and the end of the national project. In: MACMILLAN, J.; LINKLATER, A. **Boundaries in question: new directions in international relations**. Londres: Pinter Publishers, 1995, p. 57.

⁶² BYRNES, A.; HAYASHI, M.; MICHAELSEN, C. (Eds.). **International law in the new age of globalization**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 13.

nova formatação nas relações jurídicas internacionais, baseada em regras universais de cooperação, cujo objetivo era alcançar um equilíbrio de poderes na Europa para garantir a estabilidade e a paz⁶³.

Além da expansão normativa do direito internacional, no campo do direito convencional surgiram convenções plurilaterais, legislativas, abertas e organizativas, muitas estabelecendo organismos coletivos antecedentes das organizações internacionais⁶⁴. Instaurou-se o sistema de congressos, que além de originar um sistema multilateral de cooperação política e econômica na Europa, agregou princípios à disciplina como a proibição do tráfico negreiro, a liberdade de navegação e as primeiras regras do protocolo diplomático⁶⁵. Definiu-se, na altura, o estatuto político que a Europa manteria até a Primeira Guerra Mundial (1914-1918)⁶⁶.

A Primeira Guerra revelou a fragilidade do sistema de segurança internacional em que se confiava⁶⁷ e demonstrou a necessidade da organização do mundo, o que levou a uma cruzada pelo domínio da lei internacional, por meio da proposição aos Estados de um contrato social, sob a forma do Pacto da Sociedade das Nações⁶⁸, para manter a paz e estruturar a ordem internacional com base no direito⁶⁹. Entre os primeiros fracassos, a Sociedade das Nações deparou-se com a recusa dos EUA de nela integrar-se e o não reconhecimento da União Soviética, que emergia como o primeiro Estado socialista e não foi aceito no seu seio⁷⁰. As dificuldades acentuaram-se com movimentos totalitários e nacionalistas militaristas, revelando a incapacidade de evitar a Segunda Guerra (1939-1945)⁷¹.

O primeiro pós-guerra marcou o início da crise do direito internacional clássico⁷². Há quem afirme que se deu o “fim de uma época”, e a principal consequência foi a mutação e o deslocamento da Europa como centro do mundo político internacional⁷³. No Entreguerras, porém, houve o aumento de organizações internacionais e o surgimento de organizações

⁶³ KACZOROWSKA, 2010, p. 4.

⁶⁴ ARBUET-VIGNALI, 1996, p. 57.

⁶⁵ MAZZUOLI, 2011, p. 55.

⁶⁶ BRITO, 2014, p. 53. Até 1914, as relações internacionais dependeram de um direito marcado por tratados (DUPUY, 1993, p. 13).

⁶⁷ ARBUET-VIGNALI, 1996, p. 59.

⁶⁸ DUPUY, 1993, p. 18.

⁶⁹ MACHADO, 2006, p. 83.

⁷⁰ BRITO, 2014, p. 57.

⁷¹ MIRANDA, 2012, p. 14. Os problemas políticos e econômicos romperam o sistema de equilíbrio que a Sociedade das Nações se destinava a manter (BRITO, 2014, p. 57). Nesse período, ocorreram desenvolvimentos como a instituição da OIT, voltada ao progresso social, e a criação de um Tribunal Permanente de Justiça Internacional para a solução dos litígios internacionais (MIRANDA, 2012, p. 14).

⁷² TRUYOL Y SERRA, 1996, p. 152.

⁷³ QUEIROZ, 2013, p. 14-15.

regionais⁷⁴. Com a Segunda Guerra, a crise do modelo clássico do direito internacional alcançou seu ápice e, ao fim do conflito, as potências vencedoras entenderam-se na necessidade de criar uma nova ordem internacional⁷⁵. A mutação iniciada ao término da Primeira Guerra acentuou-se e acarretou a “mundialização” ou “globalização” do direito e das relações internacionais⁷⁶. A Segunda Guerra constituiu um ponto de viragem nos planos da normatividade, dos sujeitos de direito, das fontes, do recurso à força, da responsabilidade internacional e outros⁷⁷.

Com o intuito de promover a universalização, a Carta do Atlântico serviu para reunir os países vencedores sobre um ideal comum consistente no repúdio ao nazismo e suas consequências⁷⁸. Os processos de socialização, de humanização e universalização registrados na segunda metade do século XX conduziram o direito internacional a assumir-se como “direito da humanidade”⁷⁹. Na sequência de reuniões com pautas voltadas à segurança internacional, foram criados os tribunais internacionais de Nurembergue e de Tóquio para julgar os principais criminosos de guerra e aprovou-se e ratificou-se a Carta das Nações Unidas, originando a ONU (Organização das Nações Unidas)⁸⁰. Desde então, os princípios da Carta da ONU têm vindo alicerçar o que alguns designam por constituição da ordem internacional⁸¹ e, em conjunto com outros desenvolvimentos para a proteção dos trabalhadores e das minorias, foram afirmando gradualmente a primazia do indivíduo na ordem internacional⁸², com a internacionalização dos direitos humanos⁸³.

A inserção dessas referências anunciou a crise do modelo vestfaliano⁸⁴, manifestada em seu alcance, homogeneidade e estrutura⁸⁵. Quanto ao alcance, apenas os Estados eram sujeitos do direito internacional; hoje, não só o volume das atividades privadas com implicação pública aumentou, mas também a opinião pública constitui um fator importante

⁷⁴ MACHADO, 2006, p. 85.

⁷⁵ BRITO, 2014, p. 58.

⁷⁶ QUEIROZ, 2013, p. 17.

⁷⁷ ALMEIDA, 2011, p. 226.

⁷⁸ BRITO, 2014, p. 59; COMPARATO, F. K. Capitalismo: Civilização e Poder. In: **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. LIV, p. 44, 2011.

⁷⁹ PUREZA, J. M. Da atonia metodológica à busca de novos referentes em Direito Internacional Público. In: **Scientia Iuridica**, t. 60. n. 326, p. 303-313, maio-ago. 2011, p. 311.

⁸⁰ MIRANDA, 2012, p. 15.

⁸¹ MACHADO, 2006, p. 85.

⁸² *Ibidem*, p. 86.

⁸³ COMPARATO, 2011, p. 86.

⁸⁴ ICHR. **Duties sans Frontières**: Human rights and global social justice. Geneva, 2003. Disponível em: <<http://www.droitsansfrontieres.ch/fr/>>. Acesso em 20 dez. 2014.

⁸⁵ DUPUY, 1993, p. 21-24.

nas relações entre governantes⁸⁶. Do ponto de vista da homogeneidade, a universalidade do direito internacional vê-se contestada, e os Estados provenientes da descolonização pretendem não serem destinatários, mas autores de um direito verdadeiramente universal⁸⁷. Quanto à estrutura, o direito internacional ressentia-se com a proliferação das organizações internacionais, que tendem a originar estruturas de poder, senão acima dos Estados, pelo menos ao nível destes⁸⁸.

A internacionalização dos direitos humanos caracterizou-se como prioridade⁸⁹, pois o direito internacional passou a definir e a proteger os direitos das pessoas. O primeiro instrumento a demonstrar uma tentativa concreta foi a Carta das Nações Unidas, na qual se estabeleceram os quadros conceituais e jurídicos para sua proteção⁹⁰. Em 10 de dezembro de 1948, com a aprovação da DUDH, surgiu o primeiro catálogo internacional de direitos humanos, que embora contivesse em seu texto tanto direitos civis e políticos como direitos econômicos, sociais e culturais, foi completado por outros textos⁹¹.

Entre 1945 e 1970, a comunidade internacional criou e aprovou um número importante de tratados universais e regionais, gerais e específicos, que enriqueceram o conceito de direitos humanos⁹², entre eles, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁹³. A fase seguinte, entre 1970 e 1990, caracterizou-se pela criação e pela ativação institucional, e, no plano regional, surgiram instituições para proteção desses direitos⁹⁴.

A vinculação paulatina dos Estados aos instrumentos e estruturas institucionais de proteção dos direitos humanos alterou a visão clássica do direito internacional⁹⁵, concebida para um sistema que regulava as relações entre os Estados e no qual apenas estes eram

⁸⁶ Ibidem, p. 21-24.

⁸⁷ Ibidem, p. 21-24.

⁸⁸ Ibidem, p. 21-24.

⁸⁹ ISA, F. G. International Protection of Human Rights. In: ISA, F. G.; FEYTER, K. de. (Eds.). **International Human Rights Law in a Global Context**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2009, p. 29.

⁹⁰ MARTINS, A. M. G. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 101.

⁹¹ Ibidem, p. 101.

⁹² ORAA, J. Los derechos humanos en el mundo. In: MARZAL, A. (Ed.). **Los Derechos Humanos en el Mundo**. Barcelona: ESADE, 2000, p. 42.

⁹³ Também foram adotadas convenções sobre o estatuto dos refugiados, os direitos políticos da mulher, a eliminação da discriminação racial, a abolição de trabalhos forçados, a eliminação da discriminação na educação e outras relativas à convenção suplementar de abolição da escravatura, ao comércio de escravos e instituições práticas similares à escravatura (MARTINS, 2012, p. 103). O PIDCP e o PIDESC, embora separados, estão inter-relacionados (ISA, 2009, p. 39).

⁹⁴ ORAA. 2000, p. 43-44.

⁹⁵ Os direitos humanos contribuem para a consolidação de duas ideias civilizatórias e de progresso: a dos limites da vontade de Estados e dos interesses gerais da comunidade internacional (SALCEDO, 2001, p. 156).

sujeitos de direito internacional⁹⁶. Entre os fatores que propiciaram a evolução da noção de soberania⁹⁷ estava a percepção do alcance da proteção dos direitos humanos e a crescente não aceitação pela opinião pública mundial de suas violações⁹⁸, bem como a criação de uma organização supranacional⁹⁹ que viria a ser a União Europeia.

A realidade mostrou-se incompatível com o modelo teórico pautado na divisão estatal do mundo¹⁰⁰ e inviabilizou o direito internacional ancorado apenas no modelo clássico. Essas transformações inauguraram o ciclo¹⁰¹ do “direito internacional contemporâneo”¹⁰², em cujos aspectos estavam o surgimento de novos atores na cena internacional — de natureza intergovernamental, supranacional e não governamental — e a afirmação do indivíduo como sujeito de direito internacional¹⁰³.

Com o fim da Segunda Guerra, ocorreram intervenções na cena mundial por parte das superpotências que se formaram¹⁰⁴. Mesmo com a destruição vivenciada, a Guerra Fria retomou a possibilidade de um conflito com a utilização de armas de destruição maciça e deixou o mundo à beira de uma catástrofe nuclear¹⁰⁵. O direito internacional passou a confrontar-se com a equação de poder entre EUA e União Soviética¹⁰⁶, com a descolonização e movimentos de libertação que levaram à independência de alguns países e à criação de novos Estados¹⁰⁷.

O nível de desenvolvimento econômico dos países passou a caracterizar um instrumento de dependência em relação às potências desenvolvidas e a determinar sua posição no cenário internacional¹⁰⁸. Nas relações entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento, registraram-se tensões econômicas e políticas; em busca de maior participação no cenário econômico, os países em desenvolvimento apresentaram propostas para a Nova Ordem

⁹⁶ ISA, 2009, p. 22.

⁹⁷ SILVA, S. T. da. **Um novo Direito Administrativo?**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 114-115.

⁹⁸ ESCARAMEIA, P. **O Direito Internacional Público nos Princípios do Século XXI**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 18.

⁹⁹ Culminou com a ideia avançada por Robert Schumann, em 1950, de uma comunidade europeia e assentava-se no Tratado de Paris, com o que se criou a Comunidade Européia do Carvão e do Aço e no Tratado de Roma que instituiu a Comunidade Económica Européia (MACHADO, 2010, p. 9 e ss.).

¹⁰⁰ ESCARAMEIA, 2003, p. 18.

¹⁰¹ DUARTE, 2014, p. 77-81.

¹⁰² MIRANDA, 2012, p. 13.

¹⁰³ MACHADO, 2006, p. 88.

¹⁰⁴ BRITO, 2014, p. 60.

¹⁰⁵ Os EUA despenderam milhões de dólares em ajudas financeiras e militares aos Estados europeus não comunistas. De outro lado, a União Soviética reagiu reforçando sua base de poder (HART-DAVIS, 2007, p. 406-407).

¹⁰⁶ ARBUET-VIGNALI, 1996, p. 64.

¹⁰⁷ BRITO, 2014, p. 60.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 61.

Econômica Internacional (NOEI), o que resultou na Conferência da ONU sobre Comércio e Desenvolvimento¹⁰⁹ e na defesa de políticas de comércio mais justas e aptas a proporcionar um desenvolvimento mais igualitário, com sugestões para construir um caminho para fora do ciclo interminável de pobreza¹¹⁰.

Com a queda do Muro de Berlim, do comunismo na Europa e a desagregação da União Soviética, montou-se o palco para a consolidação dos EUA como única potência mundial, em função de recursos, do avanço tecnológico e da força militar¹¹¹. A NOEI sofreu um revés, e embora suas proposições fossem vistas como retórica idealista, ela denunciava as insuficiências do sistema de Bretton Woods e do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) na luta contra a pobreza e o subdesenvolvimento¹¹². Com seu abandono, as diferenças entre os países acentuaram-se, e o modelo de desenvolvimento passou a ser ditado pelas potências neoliberais. A proteção dos direitos humanos voltou-se então para a extinção dos regimes comunistas e a transição democrática de muitos países do Leste Europeu¹¹³. Esse quadro, aliado à globalização, à formação de blocos econômicos regionais, ao papel dos meios de comunicação social, ao desenvolvimento tecnológico e à necessidade de preservação do ambiente, caracterizou uma nova situação para o direito internacional¹¹⁴.

A história do direito internacional, que se centrou no sistema europeu de Estado e expandiu-se para outros continentes com a colonização¹¹⁵, evidenciou em seu desenvolvimento a necessidade de mudanças nas bases de suas relações e sua normatização¹¹⁶. O direito internacional teve sua realidade transformada¹¹⁷ e mostrou a incapacidade de adequar as estruturas anteriores às novas necessidades¹¹⁸. O vocabulário da disciplina tornou-se inadequado e, ao mesmo tempo, manteve-se preso a conceitos que passaram a refletir cada vez mais uma parte marginal da realidade¹¹⁹. A manutenção do “quase monopólio” do Estado enquanto sujeito do direito internacional permite situações

¹⁰⁹ “[...] promove a integração favorável ao desenvolvimento dos países em desenvolvimento na economia mundial” (UNCTAD, s/d).

¹¹⁰ LOONEY, R. New International Economic Order. In: JONES, R. J. B. (Ed.). **Encyclopedia of International Political Economy**. Londres: Routledge, 1999. Disponível em: <<http://americanempireproject.com/empiresworkshop/chapter5/NewInternationalEconomicOrder.doc>>. Acesso em: 21 set. 2013.

¹¹¹ MIRANDA, 2012, p. 17.

¹¹² MACHADO, 2006, p. 509.

¹¹³ ORAA, 2000, p. 43-44.

¹¹⁴ ESCARAMEIA, 2003, p. 11.

¹¹⁵ FASSBENDER, B.; PETERS, A. et al. **The Oxford Handbook of the History of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 4.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 24.

¹¹⁷ DUARTE, 2014, p. 31.

¹¹⁸ BRITO, 2014, p. 63.

¹¹⁹ ESCARAMEIA, 2003, p. 37.

como as que as empresas multinacionais, por não possuírem o estatuto de sujeito internacional, são representadas nos tribunais internacionais pelo Estado em que estão registradas¹²⁰. Trata-se de exemplo da insuficiência conceitual e institucional para estabelecer respostas a acontecimentos produzidos por entidades não estatais¹²¹. Daí a necessidade de que sobre o direito internacional tradicional seja criado um direito internacional voltado às novas exigências e que se assente na ideia de bem comum universal e de uma nova concepção da cooperação internacional¹²².

Neste sentido, desenvolveu-se o conceito de *responsibility to protect* (R2P)¹²³, no qual a soberania e o princípio da não intervenção devem ser harmonizados com a proteção dos direitos humanos¹²⁴. A tendência aponta que o direito internacional deverá regular vários aspectos de assuntos internos, o que enfatiza a necessidade de coerência com o direito interno¹²⁵. A questão da uniformidade do sistema jurídico mundial assumiu a centralidade dos debates e, apesar da contraposição entre dualismo e monismo¹²⁶, vão obtendo adesão as correntes monistas com primado do direito internacional, o que se deve, sobretudo, ao alargamento das matérias de sua regulamentação, ao papel das organizações internacionais, a irrupção do indivíduo como sujeito de direito internacional e a emanação de normas internacionais que só fazem sentido enquanto aplicáveis na ordem interna¹²⁷.

A questão assume importância para os direitos humanos¹²⁸, pois cada vez mais os problemas apresentam raízes em que o sistema interestatal é incapaz de responder¹²⁹. A

¹²⁰ Ibidem, p. 202.

¹²¹ Ibidem, p. 9. As empresas transnacionais exercem influência real na vida das nações e de forma descontrolada, pois o direito internacional clássico ignora entidades desse gênero (DUPUY, 1993, p. 21).

¹²² BRITO, 2014, p. 63.

¹²³ O conceito surgiu das questões sobre a legalidade e a legitimidade das intervenções humanitárias (LUCK, 2008).

¹²⁴ A noção decorreu dos estudos de Deng (1996) em que a soberania foi entendida como *responsabilidade*. Com a divulgação do relatório pela International Commission on Intervention and State Sovereignty e pelo endosso em 2005 dos Estados Membros da ONU, agregou-se a soberania a noção de responsabilidade na proteção de direitos humanos (BAN, 2009).

¹²⁵ Embora subsistam normas incompatíveis no direito internacional e no direito interno, impossibilitando que se fale de um só ordenamento jurídico, na jurisprudência: ou se adota a preferência do direito internacional, ainda que com eventual ressalva de normas constitucionais essenciais de direito interno, ou se adota o princípio da preferência do direito interno, com consequências para os princípios da reciprocidade e da responsabilidade dos Estados (BRITO, 2014, p. 132-146).

¹²⁶ MIRANDA, 2012, p. 135.

¹²⁷ Ibidem, p. 137.

¹²⁸ Mesmo países da *common law* que aderiram ao dualismo sofreram uma mudança gradual (KIRBY, 1998). Ver: Mabo v. Estado de Queensland (1992) 175 CLR 1-42.

¹²⁹ STELZER, J. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, P. M. (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 15 e ss.; sobre o fim dos poderes estatais, ver Fukuyama (1992).

expansão do direito internacional e a objetivação de suas normas passaram a vincular os Estados a temas relativos a toda a comunidade internacional¹³⁰.

3 Os efeitos da globalização sobre o quadro teórico do direito internacional

A globalização representa um marco impulsor de transformações¹³¹. Trata-se de um processo¹³² multifacetado¹³³ de expansão das atividades humanas pelo mundo e com vários quadros de referência¹³⁴; configura uma modificação na natureza das relações sociais, em níveis nacional e global, com significado político e jurídico, atrelada à mudança dos espaços nos quais se opera e promove a necessidade de repensar como se regulam tais relações¹³⁵. A despeito da contradição que encerra¹³⁶, o termo globalização¹³⁷ foi uniformizado na cultura, na política, na economia, na sociologia e na mídia, nos últimos decênios do século XX¹³⁸.

Não obstante, sua primeira fase deu-se na sequência das viagens atlânticas de portugueses e espanhóis com vistas à mundialização dos mercados¹³⁹ e tornou-se o meio pelo

¹³⁰ CANOTILHO, J. J. **Brançosos e Interconstitucionalidade**: itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 284-285.

¹³¹ FEITOSA, M. L. P. de A. M. **Paradigmas Inconclusos**: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Tese (doutorado em Ciências Jurídico-Econômicas) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005.

¹³² ZOLO, D. **Globalizzazione: una mappa dei problemi**. Roma/Bari: Laterza, 2004, p. 4; BROWN, 1995, p. 55.

¹³³ SALCEDO, J. A. C. **Globalización y Orden Internacional**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2004, p. 17; SOARES, M. L. Q. Tensão entre os discursos da razão instrumental da globalização e da razão política do Estado Constitucional. In: FERNANDES, J. C.; NASSIF, G. C. **Tópicos Especiais de Direito Público e Privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 315-325.

¹³⁴ MEGRÉT, F. Globalization and International Law. In: **Max Planck Encyclopedia of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=120078>. Acesso em: 15 mar. 2017.

¹³⁵ GARCIA, M. L. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. In: **Novos Estudos Jurídicos**, v. 10, n. 2, p. 5, 2005. Divide-se o debate entre os hiperglobalistas que veem a globalização como uma nova era em que as pessoas estão mais sujeitas às disciplinas do mercado global; os céticos, que enfatizam o poder dos governos nacionais para regular os fluxos; e os transformalistas, que afirmam o caráter profundo e radical da tendência moderna que há muito tempo ofusca as diferenças entre as questões internacionais e domésticas (STEINER; ALSTON, 2002, p. 1307).

¹³⁶ FEITOSA, M. L. P. de A. M. **Paradigmas Inconclusos**: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Tese (doutorado em Ciências Jurídico-Econômicas) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005, p. 37.

¹³⁷ Beck (1999, p. 27) diferencia “globalismo”, que entende como a concepção de que o mercado mundial bane ou substitui a ação política, e “globalidade”, que se refere ao fato de que daqui pra frente, nada do que venha a acontecer no planeta será um fenômeno espacialmente delimitado.

¹³⁸ FEITOSA, 2005, p. 38. Cassese (2006, p. 15) destaca que o termo foi usado por Marx e Engels no Manifesto do Partido Comunista, em 1848, quando afirmaram que a grande indústria abriu os mercados mundiais pela necessidade de um mercado mais amplo.

¹³⁹ AVELÃS NUNES, A. J. **Os sistemas econômicos: gênese e evolução do capitalismo**. Coimbra: Serviços de Ação Social da UC, 2009, p. 257.

qual o direito público europeu projetou-se para o mundo. A segunda fase caracterizou-se pelo imperialismo colonial¹⁴⁰, em meados do século XIX, com uma nova ofensiva do capitalismo¹⁴¹. Na sequência da descolonização, os novos Estados adotaram o sistema normativo internacional existente, contribuindo com a expansão do direito internacional¹⁴². Especialmente ao final da Segunda Guerra, desenvolveram-se algumas bases do atual estágio da globalização¹⁴³, com a expansão e a predominância das grandes empresas e o domínio dos setores mais importantes por um número reduzido delas¹⁴⁴.

Normalmente, credita-se ao final da Guerra Fria o marco da atual era da globalização¹⁴⁵, pela intensificação do que ocorria desde o término da Segunda Guerra¹⁴⁶, com o ápice da internacionalização do mundo capitalista¹⁴⁷. A abertura do comércio internacional permitiu que muitos países crescessem mais do que em outras circunstâncias¹⁴⁸. Tais desenvolvimentos ocorreram após acontecimentos relevantes no cenário econômico mundial, como a Conferência de Bretton Woods, com a criação de instituições internacionais que passaram a ditar as regras que impõem ou fomentam a liberalização dos mercados¹⁴⁹.

Com o Consenso de Washington seguiu-se o entendimento entre Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial (BM) e Tesouro dos EUA sobre as políticas que deveriam ser adotadas para os países em desenvolvimento. Os países desenvolvidos apresentaram aos demais um novo modelo econômico, social e político que retratava o modelo neoliberal, difundido pela globalização¹⁵⁰, em sua expressão de economia em rede integrada, de escala universal, em que critérios de competitividade econômica tomaram lugar dos critérios de fronteira e de proteção às políticas estatais¹⁵¹.

¹⁴⁰ MEGRÉT, F. Globalization and International Law. In: **Max Planck Encyclopedia of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 2. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=120078>. Acesso em: 15 mar. 2017.

¹⁴¹ AVELÃS NUNES, 2009, p. 257.

¹⁴² MEGRET, 2009, p. 2.

¹⁴³ Ibidem, p. 2.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 279. Em meados dos anos 1960, o comércio externo demonstrou crescimento maior do que a produção doméstica e, desde a década de 1980, os fluxos do investimento externo têm estimulado as empresas a organizar a produção em massa sempre que os custos apresentem-se mais baixos (BOYER; DRACHE, 2006, p. 31).

¹⁴⁵ Para alguns, após 11 de setembro de 2001, inaugurou-se uma nova etapa da globalização, a sinalizar o fim da hegemonia norte-americana (WENGER; ZIMMERMAN, 2003, p. 1).

¹⁴⁶ MEGRÉT, 2009, p. 2.

¹⁴⁷ SANTOS, M. **Por uma outra globalização: do pensamento único a consciência universal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 23.

¹⁴⁸ STIGLITZ, J. E. **Globalization and its Discontents**. 3. ed. Trad. Maria Filomena Duarte, Lisboa: Terramar, 2004, p. 40.

¹⁴⁹ STIGLITZ, 2004, p. 47.

¹⁵⁰ SANTOS, 2005, p. 12.

¹⁵¹ DUARTE, 2014, p. 76.

A partir de 1979, os chamados *reaganomics*, nos EUA, e *thatcherismo*, no Reino Unido, marcaram o início do ciclo em que a ideologia neoliberal consolidou-se pelo mundo¹⁵². Nas décadas de 1980 e 1990, no âmbito estatal, operaram-se transformações iniciadas em Reino Unido, Canadá e EUA, que impuseram reestruturações governamentais segundo princípios do *New Public Management*, com conceitos como *governance*, regulação, eficiência e outros das ciências econômicas¹⁵³.

Avelãs Nunes (2011, p. 4) destaca que um dos elementos da globalização neoliberal consiste na hegemonia do capital financeiro e traduz-se na criação de um mercado único de capitais em escala mundial e na consagração do princípio da liberdade de circulação de capitais. Daí advêm três características: (i) a desintermediação, que permite aos grandes investidores acesso direto e em tempo real aos mercados financeiros de todo o mundo para a colocação de fundos disponíveis e para a obtenção de crédito, dispensando o recurso aos intermediários; (ii) a descompartimentação, com a abolição das fronteiras entre mercados, e (iii) a desregulamentação, que consiste na liberalização plena dos movimentos de capitais.

As políticas econômicas dos Estados foram afetadas pelas exigências do mercado internacional. O comércio internacional e o investimento cresceram mais rápido que as economias nacionais, o que conduziu a uma maior interdependência¹⁵⁴. No aspecto econômico, houve consequências como a redução da inflação e da dívida pública e a vigilância sobre a balança de pagamentos. O direito de propriedade deveria ser inviolável; e o setor empresarial do Estado privatizado, com mínima regulação na economia. A mobilidade dos recursos, dos investimentos e lucros deveria ser assegurada e as políticas sociais nos orçamentos, reduzidas¹⁵⁵.

Nas relações entre os Estados e o mercado internacional, houve uma proliferação dos centros de decisão¹⁵⁶. Com isso, os Estados sofreram uma interferência de atores transnacionais em sua soberania, identidade, redes de comunicação, chances de poder e orientações¹⁵⁷, e o padrão global de autoridade legal positiva passou a ser interdependente¹⁵⁸, afetando as relações e os conceitos a que estavam subordinadas¹⁵⁹.

¹⁵² AVELÃS NUNES, 2011, p. 19.

¹⁵³ SILVA, S. T. da. **Direitos Fundamentais na Arena Global**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 35-47.

¹⁵⁴ BROWN, 1995, p. 58.

¹⁵⁵ SANTOS, 2005, p. 35.

¹⁵⁶ MOREIRA, A. **Teoria das Relações Internacionais**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 69).

¹⁵⁷ BECK, U. **O que é Globalização?** Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 30.

Com o encurtamento das distâncias e o desenvolvimento de tecnologias de informação, os acontecimentos remotos passaram a ter maior importância¹⁶⁰. O crescimento dos problemas de ação coletiva transnacional e “externalidades” do Estado — no qual pessoas, bens, capitais, serviços, comunicações, formas culturais e regimes políticos circulam além das fronteiras — fez com que as iniciativas para solucioná-los passassem a envolver outras partes além de um Estado, o que se deu com a ascensão do direito supranacional e com o desenvolvimento de instituições globais¹⁶¹.

Nesse cenário, as multinacionais destacam-se como elemento importante da estrutura institucional, ao lado dos mercados financeiros globais e dos blocos comerciais transnacionais¹⁶². O declínio das fronteiras para o comércio e o investimento desencadeou uma situação em que as multinacionais passaram a colocar-se em competição com suas congêneres do outro lado do mundo, daí o surgimento de estratégias globais, marcas globais e de uma administração global¹⁶³. Embora a produção tenha passado a organizar-se com base nas funções, como desenho, manufatura, distribuição e publicidade, alocadas em diferentes países, as multinacionais atuam como um todo¹⁶⁴. Ao lado dos Estados, surgiram como protagonistas¹⁶⁵ em uma reorganização da internacionalização da produção com uma nova configuração de poder em escala global¹⁶⁶. Isso porque são partes em contratos de investimento em larga escala, e sua atuação, pela influência nos mercados, acaba por afetar a economia mundial¹⁶⁷.

Em muitos casos, sequer é possível identificar o controlador real das organizações, pois as participações de capital constituem um emaranhado ou uma cadeia sem fim. O

¹⁵⁸ WALKER, N. On The Necessarily Public Character of Law. **University of Edinburgh School of Law Working Paper**, n. 2010/35, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1704412>>. Acesso em: 20 out. 2013.

¹⁵⁹ Nas relações internacionais houve uma multiplicação quantitativa, porque se multiplicam os pontos de contato, as participações de interesse entre os Estados e os outros agentes; e qualitativa, porque se multiplicam as formas de cooperação ou oposição entre os Estados ou tais agentes (MOREIRA, 2011, p. 69).

¹⁶⁰ Arnaud (1999, p. 39) exemplifica: “o uso de aerossóis, na Europa, pode provocar câncer na pele na América do Sul. Uma colheita ruim na Rússia pode significar ainda mais fome na África”.

¹⁶¹ WALKER, 2010, p. 1-33.

¹⁶² SANTOS, 2005, p. 36.

¹⁶³ BROWN, 1995, p. 58.

¹⁶⁴ Korten (1996, p. 147) salienta a tendência do transnacionalismo, que envolve a integração das operações globais de uma empresa em torno de redes de fornecedores verticalmente integrados.

¹⁶⁵ CASSESE, S. **La globalización jurídica**. Trad. Luis Ortega, Isaac Delgado e Isabel Córcoles. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública/Marcial Pons, 2006, p. 14.

¹⁶⁶ *Ibidem*, 2006, p. 14.

¹⁶⁷ ESCARAMEIA, 2003, p. 22. Das cem maiores economias do mundo, 47 são multinacionais; 70% do comércio mundial é controlado por quinhentas empresas e 1% das empresas detém 50% do investimento direto estrangeiro. SANTOS, 2005, p. 36. Estima-se que mais de um terço do comércio mundial seja realizado entre empresas do mesmo grupo, em diferentes Estados (Dias, 2010, p. 16).

controle empresarial efetivo é assumido por administradores, caracterizando um *management control*¹⁶⁸. Os administradores conduzem as políticas de investimento, geralmente, a partir das agências de *rating* que orientam os mercados¹⁶⁹. São estas agências, o BM e o FMI que indicam os Estados mais estáveis para investimentos, o que as faz atores dominantes na economia¹⁷⁰. Quanto ao BM e ao FMI, os países que procuram seu auxílio ou aprovação para garantir melhor acesso aos mercados de capitais internacionais submetem-se a suas recomendações, que refletem as ideologias do mercado livre¹⁷¹. Orientações que ditam as opções das instituições financeiras, dos governos e bancos centrais e que afetam a vida de milhões de pessoas, embora não estejam sujeitas a supervisão, tampouco respondam a qualquer instituição democraticamente legitimada¹⁷².

Além de colocar a decisão econômica principal no quadro supranacional¹⁷³, a globalização exerce influência no plano normativo do direito internacional, já que a valorização da economia de mercado tem como palavras-chave privatização, liberalização e desregulação¹⁷⁴. Com a proeminência da lógica econômica, as estruturas jurídicas sofreram adaptações para atender o novo quadro que busca responder às demandas do mercado global, cuja atuação passou a ser em redes para atender a liberdade de deslocamento de capitais em escala mundial¹⁷⁵.

A preocupação reflete-se no fato de que a globalização converteu-se na essência de um novo direito econômico internacional, que suprime a participação democrática em benefício de um decisionismo tecnocrático, conduzindo a um processo político por trás de um viés economicista que expulsa os cidadãos para um mundo de redes anônimas dominadas pelas grandes empresas que escapam do controle e da lógica democrática¹⁷⁶. Daí Avelãs Nunes (2011, p. 4) afirmar que é possível falar teoricamente de “substituição da política pelo

¹⁶⁸ COMPARATO, 2011, p. 176.

¹⁶⁹ Estas agências são, em regra, privadas e americanas, e três delas representam 95% do negócio em escala mundial (AVELÃS NUNES, 2011, p. 63-93).

¹⁷⁰ STIGLITZ, 2004, p. 55.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 55. Kunstler (2006, p. 30-31) afirma que as finanças da globalização assumiram as características de esquema de pirâmide em nível mundial, em que os lucros de uma geração de especuladores seriam convertidos em custos para as gerações vindouras.

¹⁷² AVELÃS NUNES, 2011, p. 63-93.

¹⁷³ MONCADA, L. S. C. de. **Direito Econômico**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 73-74.

¹⁷⁴ MARQUES, M. M. L.; MOREIRA, V. **A Mão Visível: mercado e regulação**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 13.

¹⁷⁵ Os fatores que explicam a arquitetura da globalização são: unicidade da técnica, convergência dos momentos, cognoscibilidade do planeta e existência de um motor único na história, a mais valia globalizada (SANTOS, 2000, p. 24).

¹⁷⁶ CRUZ, P. M.; FERRER, G. Os Novos Cenários Transnacionais e a Democracia Assimétrica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 2, n. 2, p. 4, 2010. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/442/2051>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

mercado”, ou de “morte da política”, tal como a entendemos. Ou de outro modo, de outra forma de fazer política, já que o “mercado é uma instituição política”.

Nesse contexto, pressões são exercidas para o desenvolvimento das instituições de mercado e as estruturas jurídicas sejam adaptadas à interação econômica¹⁷⁷. A mobilidade das empresas acarreta competição entre Estados para atrair investimentos e empregos¹⁷⁸, o que ocorre no âmbito da regulação, fazendo com que as empresas decidam investir no país que lhes seja mais favorável¹⁷⁹. Apesar de ganhos, como a produtividade do trabalho decorrente do desenvolvimento científico e tecnológico e de sua rápida aplicação na esfera da produção, a globalização trouxe um imensurável custo social, com a acentuação das desigualdades e a condenação à pobreza de milhões de seres humanos¹⁸⁰. Nesse quadro, o antídoto contra interesses ou forças particulares recai sobre as instituições e o direito¹⁸¹. Sem instituições, sem leis, sem governabilidade, a globalização pode transformar-se em uma ideologia de grupos e interesses¹⁸² capaz de subjugar parte da humanidade.

Apesar das teses que sustentam a perenidade da globalização¹⁸³, o fato é que questões inexoráveis colocam-se frente ao fenômeno¹⁸⁴ e, sob a óptica do direito internacional, correspondem à transformação em seu modo de produção, no modo de tratamento dos litígios e na proteção dos indivíduos¹⁸⁵. A globalização tem colocado desafios ao direito internacional, forçando-o a reinventar-se¹⁸⁶, pelo confronto de características do modelo clássico com as de um modelo em que considerações de outras ordens reclamam protagonismo¹⁸⁷, a sugerir um paradigma pós-vestfaliano¹⁸⁸.

¹⁷⁷ ARNAUD, A.-J. **O direito entre a modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado**. Trad. Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 12. A pressão das grandes empresas para a liberalização do investimento estrangeiro fez com que das 145 alterações na matéria em 1998, 136 fossem para criar condições mais favoráveis ao investimento (SANTOS, 2005, p. 38).

¹⁷⁸ BROWN, 1995, p. 59.

¹⁷⁹ Importam também aspectos políticos, pois os investidores concedem recursos para processos eleitorais, para obter domínio sobre os tomadores de decisão e conduzir a conjuntura política e econômica de um país sem legitimação ou responsabilidade com o povo (GOUGH, 2000).

¹⁸⁰ AVELÃS NUNES, 2011, p. 71.

¹⁸¹ KUNSTLER, J. H. **O Fim do Petróleo, o grande desafio do século XXI**. Trad. Maria Carvalho. Lisboa: Editorial Bizâncio, 2006, p. 30-32.

¹⁸² BARRETO, A. Cidadania e Novos Poderes numa Sociedade Global. In: SWEET, A. S. et al. **Cidadania e Novos Poderes numa Sociedade Global**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2002, p. 12.

¹⁸³ KUNSTLER, 2006, p. 30-32.

¹⁸⁴ No direito interno, a crise do constitucionalismo, a partir das insuficiências das constituições perante a “nova ordem (econômica) global” e os desafios colocados pelos novos valores do desenvolvimento global modificaram o padrão em que através da Constituição, os cidadãos identificavam-se com um projeto de comunidade política e social (SILVA, 2011, p. 11-17).

¹⁸⁵ ARNAUD, 1999, p. 22.

¹⁸⁶ MEGRÉT, 2009, p. 2.

¹⁸⁷ ESCARAMEIA, 2003, p. 9.

Com a tomada de consciência de que muitos problemas não podem ser tratados com uma simples referência aos Estados¹⁸⁹, o reconhecimento de uma sociedade de risco¹⁹⁰, a mundialidade das consequências, o confronto com questões como as insuficiências de um Estado e de uma normatividade fechados diante de fronteiras cada vez mais dúcteis¹⁹¹, torna-se indispensável a adoção de soluções que incluam uma referência aos vínculos que unem as diferentes partes do globo¹⁹².

Com isso, desenvolveu-se a noção de *global governance*, como a soma dos diversos modos como indivíduos e instituições, públicas e privadas, tratam assuntos em comum¹⁹³. Refere-se a um processo em que interesses conflitantes ou distintos podem ser harmonizados e ações cooperativas, adotadas¹⁹⁴. Apesar da complexidade de uma estratégia cooperativa em um sistema multinível de ordenamentos jurídicos interrelacionados, envolvendo atores estatais e não estatais¹⁹⁵, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) tem identificado a governança global como o processo pelo qual se consegue coletivamente gerir e governar recursos, conflitos e valores em um mundo que é cada vez mais uma comunidade global¹⁹⁶.

O conceito de *global governance*, associado às insuficiências e aos desafios do direito internacional¹⁹⁷, liga-se à noção de pertencimento à sociedade civil global, cujos desenvolvimentos, por sua vez, estão ligados ao florescimento de organizações internacionais e ao reforço do estatuto jurídico-internacional dos indivíduos e das pessoas coletivas de direito privado¹⁹⁸. Esse quadro acarretou o alargamento das áreas do direito internacional¹⁹⁹,

¹⁸⁸ LOUREIRO, J. C. Prometeu, Golem & Companhia. Bioconstituição e Corporeidade numa “Sociedade (Mundial) de Risco” In: **Boletim da Faculdade de Direito**, v. LXXXV, p. 193, 2009.

¹⁸⁹ ARNAUD, 1999, p. 12.

¹⁹⁰ BECK, U. **La Sociedad del Riesgo**. En camino hacia otra sociedad moderna. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e M. Rosa Borrás. Barcelona: Piadós Básica, 1998.

¹⁹¹ LOUREIRO, 2009, p. 153.

¹⁹² ARNAUD, 1999, p. 12.

¹⁹³ COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE, 1995, p. 4.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 4.

¹⁹⁵ TIETJE, C. The Changing Legal Structure of International Treaties as an Aspect of an Emerging Global Governance Architecture. In: **German Yearbook of International Law**, v. 42, p. 26 e ss., 1999.

¹⁹⁶ OECD. **Globalisation: What Challenges and Opportunities for Governments?** OECD: Paris, 1996. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD\(96\)64&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD(96)64&docLanguage=En)>. Acesso em: 20 set. 2013.

¹⁹⁷ Esteruelas (2000) traça um paralelo com a condição humana, de que as carências conduzem às insuficiências das comunidades políticas.

¹⁹⁸ MACHADO, 2006, p. 93.

¹⁹⁹ TRACHTMAN, J. P. Fragmentation and Coherence in International Law. **SSRN Electronic Journal**, ago. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1908862>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

que passou a compreender domínios como o direito internacional econômico, os direitos humanos e outros²⁰⁰.

A globalização, portanto, afeta o direito internacional a ponto de alcançar seus sujeitos, seu objeto e sua natureza²⁰¹. Quanto aos sujeitos, o direito internacional deixa de existir para uma comunidade na qual apenas os Estados são membros²⁰². É certo que continuam atores-chave, mas submetidos a uma normatização jurídico-internacional que lhes limita o campo autônomo de atuação: delimitação do uso da força, institucionalização crescente de sistemas de segurança coletiva e respeito pelos acordos e outras convenções internacionais²⁰³. Com a “desagregação” do Estado em favor de diferentes grupos e organizações, caracterizando o “governo e/ou governança multinível”, o Estado vê-se envolvido em um conjunto de “redes” de políticas públicas que compreendem não apenas organismos internacionais, mas também ONGs e outros atores internacionais públicos ou privados²⁰⁴. Mesmo o reconhecimento do indivíduo, em algumas hipóteses, e a emergência das organizações internacionais²⁰⁵ desafiam a base fundada na interestatalidade.

Quanto ao objeto do direito internacional, os temas sobre os quais a disciplina versava limitavam-se a questões interestatais, como guerra, paz e relações diplomáticas, porém, embora ainda volte a tais questões, a globalização alterou o modo como isso ocorre²⁰⁶. Com a “redefinição” da soberania e a noção de *responsibility to protect*²⁰⁷, houve uma mudança no foco, que se voltava para os “direitos” dos Estados e que atualmente se centra nas “obrigações”, que se estendem externamente, em que os Estados devem respeito à soberania

²⁰⁰ MACHADO, 2006, p. 96.

²⁰¹ MEGRÉT, 2009, p. 6 e ss.

²⁰² GARCIA, M. L. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. In: **Novos Estudos Jurídicos**, v. 10, n. 2, p. 2, 2005.

²⁰³ QUEIROZ, 2013, p. 21. Há a necessidade de repensar a existência de apenas dois sistemas normativos, do direito interno e do direito internacional (BERMAN, 2005, p. 487). Jessup (1965, p. 12-15) desenvolveu a noção de direito transnacional que superaria a noção de direito internacional. Apesar de considerar o Estado como protagonista, entende que as situações transnacionais envolvem indivíduos, empresas, organizações internacionais e outros grupos. Embora a construção tenha se desenvolvido em 1956, antes do marco atual da globalização, é inegável sua adaptação para incluir atores não estatais na arena mundial.

²⁰⁴ QUEIROZ, 2013, p. 31.

²⁰⁵ MEGRÉT, 2009, p. 6.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 6.

²⁰⁷ Três pilares sustentam a noção: a responsabilidade do Estado em proteger sua população de genocídio, crimes de guerra, limpeza étnica e crimes contra a humanidade e de seu incitamento, o compromisso de colaborar com os Estados no cumprimento das normas de direitos humanos, e a responsabilidade dos Estados de responder com atualidade e de forma decisiva quando um Estado falhar nas providências de tal proteção (LUCK, 2008; HILPOLD, 2006).

uns dos outros, e internamente, em que devem proteger o povo contra catástrofes evitáveis. A soberania responsável considera a população do Estado e a comunidade internacional²⁰⁸.

Das ressignificações pertinentes a elementos do quadro teórico tradicional do direito internacional tem-se a constatação de uma transição, de procedência teórica, constitucional, supranacional e internacional²⁰⁹. O direito internacional tem sido invocado para encontrar soluções relativas às questões globais, como a proteção do ambiente, a diversidade genética, o mercado global e o impacto dos direitos humanos²¹⁰. Por causa da globalização, reconhece-se a capacidade de cooperação e prejuízo em nível global, tornando proeminentes as discussões sobre uma comunidade de riscos²¹¹ e o consenso de temas como a importância dos mercados, da democracia e dos direitos humanos²¹².

Ao tempo em que a integração aproxima os mercados com a ampliação do diálogo, a proximidade pode exacerbar conflitos²¹³. Daí a representação da fragilidade²¹⁴, do risco²¹⁵ que denotam a abertura e a vulnerabilidade para questões transnacionais²¹⁶. A incapacidade de o Estado responder isoladamente às ameaças globais, seja porque não se apresentam apenas em seu território ou porque eventuais consequências afetarão locais e até gerações incertas, torna todos vizinhos do caos²¹⁷ e indica uma mundialização das consequências²¹⁸ que afeta as noções de espaço-tempo²¹⁹. A proposição de um princípio de responsabilidade²²⁰ chama

²⁰⁸ PETERS, A. Membership in the Global Constitutional Community. In: KLABBERS, J. (Org.). **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 185. O conceito de soberania tem sido afetado por expressões como *pós-soberania*, *soberania limitada*, *soberania partilhada*, *soberania globalizada*, *soberania imperial* ou simplesmente *soberania avançada*, *soberania como responsabilidade*, para a qual, mesmo que potencialmente ilimitada internamente, no plano externo há subordinação ao direito internacional e aos valores transnacionais (MACHADO, 2006, p. 213). Trata-se de uma soberania nova, supraestatal, difusa e policêntrica que, ao acarretar uma diminuição da soberania popular interna, trouxe consequências para a democracia representativa (CAPELLA, 2005, p. 13-21).

²⁰⁹ MACHADO, 2006, p. 213.

²¹⁰ MEGRÉT, 2009, p. 8.

²¹¹ JONAS, H. **El principio de responsabilidad**: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Herder, 1995.

²¹² GARCIA, 2005, p. 6.

²¹³ GIDDENS, A. **The Consequences of Modernity**. Stanford: Stanford University Press, 1990, p. 69.

²¹⁴ LOUREIRO, 2009, p. 165.

²¹⁵ FARIA COSTA, J. de A. Linha. In: PINTO RIBEIRO, J. A. (Coord.). **O Homem e o Tempo** - Líber Amicorum para Miguel Baptista Pereira. Porto: Fundação Eng. Antonio de Almeida, 1999, 1999, p. 402.

²¹⁶ Como narcotráfico, contaminação ambiental, imigração, terrorismo, nacionalismos, fanatismos étnico-tribais, revoltas urbanas ou rurais e corrupção (GRANDI, 2000, p. 47).

²¹⁷ BILD, C. **Cidadania e Novos Poderes numa Sociedade Global**. Trad. Instituto de Estudos Políticos da Universidade Católica Portuguesa. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2002, p. 142.

²¹⁸ LOUREIRO, 2009, p. 153. O ataque de 11 de setembro de 2001 foi entendido como um dos marcos desta era; BORRADORI, G. **Filosofia em Tempo de Terror**: Diálogos com Jürgen Habermas e Jaques Derrida. Trad. Jorge Pinho. Porto: Campo das Letras, 2004, p. 62.

²¹⁹ Sobre a vinculação das gerações presentes para com as gerações futuras ou vindouras, Habermas (2002). O pensamento alemão trouxe a ideia de *Fernethik*, uma ética em que os efeitos só repercutem no tempo distante e que as respostas aos comportamentos moralmente relevantes não se podem medir pela dimensão do imediato e pretende ser uma responsabilidade de todos para todos; Faria Costa (1999, p. 405). Ver Loureiro (2001, p. 46).

atenção para o alcance e os efeitos de uma globalização generalizada, de modo que o desenvolvimento deve ser compatível com a responsabilidade sobre gerações futuras²²¹.

No direito internacional isto implica no reconhecimento de modificações em sua natureza como consequência das mudanças em seus conceitos, o que acarretou a erosão das esferas do público e do privado. Cada vez mais se torna difícil definir quando a questão é pública ou privada, e alguns assumem a existência de uma ordem pública internacional²²². As condições de produção do direito internacional foram alteradas, e o processo de desenvolvimento das normas passou a contar com uma rede de participantes²²³. A verificação de que o Estado deixou de ser “fonte exclusiva” do direito, que este pode provir de fontes externas e prevalecer sobre as ordens jurídicas internas, demonstra que o “fracionamento” do poder público afeta o direito interno²²⁴.

Quanto às fontes do direito internacional, a emergência de novos objetos de produção normativa acarretou um efeito profundo, e matérias como o direito internacional dos direitos humanos e o direito humanitário reavivaram o pensamento constitucional sobre o direito internacional. Do mesmo modo, a discussão de que certas normas são superiores a outras e ainda sobre as modalidades de normas, com o crescimento da *soft law*, de diretivas e orientações²²⁵, com o surgimento de uma escala ou gradação da normatividade²²⁶. Tal gradação tem na base as normas de *soft law*, com instrumentos internacionais com características de um tratado formal, mas que ficam aquém, a significar que os Estados não pretendem ser vinculados²²⁷, passando por tratados típicos, até normas imperativas e inderrogáveis, constituídas pela teoria do *jus cogens*²²⁸.

As condições de criação do direito internacional tornaram-se mais complexas, uma vez que a criação de algumas disposições decorre da cooperação interestatal e, muitas vezes, de redes transnacionais informais²²⁹. Do mesmo modo, o crescimento da autorregulação

²²⁰ JONAS, 1995, p. 40.

²²¹ Além da dimensão ambiental, também em matéria econômica (LAVOURAS; ALMEIDA, 2010, p. 3).

²²² MEGRÉT, 2009, p. 9.

²²³ BERMAN, P. S. From International Law to Law and Globalization. In: **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 43, p. 488, 2005.

²²⁴ QUEIROZ, C. **Direito Constitucional Internacional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 66.

²²⁵ MEGRÉT, 2009, p. 10.

²²⁶ ALMEIDA, 2011, p. 229.

²²⁷ GUZMAN, A. T. International Soft Law. **The Journal of Legal Analysis**, v. 2, n. 1, p. 171-225, spring 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1353444##>. Acesso em: 14 mar. 2017.

²²⁸ ALMEIDA, 2011, p. 229.

²²⁹ Nesse nível, há uma cooperação direta entre ministérios e agências especializadas, com a criação de grupos de peritos e comitês. Esse tipo de cooperação influencia a criação de normas jurídicas; tal cooperação tecnocrática,

autônoma privada, como a *lex mercatoria*, verificou um desenvolvimento voltado às atividades globais, com desafios que se encontram tanto no fato de que tal regulação não pode ser alcançada politicamente, uma vez que a complexidade e a dinâmica os impedem de ser tratados apenas pela regulação estatal²³⁰.

Daí afirmar-se que os efeitos da globalização sobre o direito internacional conduzem a duas vertentes: uma horizontal e outra vertical²³¹. Aquela relativa à dilatação dos campos de atuação que invadem relações financeiras, sociais e outras; isso justificaria a emergência de novos ramos do direito internacional e, ainda, a multiplicação das fontes desse direito internacional, a crescente submissão das causas aos tribunais internacionais e a multiplicação das organizações internacionais²³².

Pureza (2011) afirma que a transição paradigmática do direito internacional passa por dois pontos: o primeiro, designado “humanidade-estatuto”, que engloba as dinâmicas de diferenciação de sentido hierarquizador que se têm registrado nas fontes do direito internacional, com o reconhecimento de normas de *jus cogens*, com a afirmação de obrigações *erga omnes* e nas formas de responsabilidade internacional, com a aceitação da diferença entre responsabilidade comum de tipo contratual e aquela agravada pela prática de fatos ilícitos de especial gravidade para com a comunidade internacional em seu conjunto; e o segundo, designado “humanidade-programa”, enfatizado na perda de exclusividade da lógica contratualista tradicional e no ganho de uma dimensão de regulação, que reconduz ao regime onusiano de manutenção da paz e da segurança internacionais e sua lógica de verdadeiro contrato social de escala universal, assim como a consagração de regimes jurídicos de comunitarização de espaços e recursos naturais.

Neste quadro, constata-se a tendência à objetivação do direito internacional²³³, ou seja, uma superação do dogma voluntarista²³⁴, e cada vez mais se presencia a formação de regras internacionais livres e independentes da vontade dos Estados, justificando e fortalecendo os tratados de proteção aos direitos humanos²³⁵. São exigências de ordem moral, econômica,

fora dos limites das normas legais formais, pode ser vista nas reuniões dos países do G8 e seus peritos (SIEBER, 2010, p. 1-49).

²³⁰ SIEBER, U. Legal Order in a Global World – The development of a fragmented system of national, international, and private norms. In: **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, v. 14, p. 16, 2010.

²³¹ SOARES, 2004, p. 32 e ss.

²³² Ibidem, p. 32 e ss.

²³³ MIRANDA, J. A incorporação do direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos. In: **Revista CEJ**, Brasília, v. 4, n. 11, p. 23-26, 2000.

²³⁴ SALCEDO, J. A. C. **Soberanía del Estado y Derecho Internacional**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1976, p. 257 e ss.

²³⁵ MAZZUOLI, 2011, p. 56.

política e outras, indispensáveis para a existência de uma sociedade internacional e, por conseguinte, imperativas e absolutas, a representar um mínimo jurídico que a comunidade internacional considera essencial e que impõem limites ao relativismo, ao voluntarismo e ao subjetivismo dos Estados²³⁶.

A complexidade acentua-se, pois os campos do direito internacional desenvolveram mecanismos para assegurar o próprio cumprimento, alguns voltados à arbitragem, para deslocar o monopólio da aplicação do direito internacional geral²³⁷. Com isso, dois desafios revelam-se: um relativo ao fato de o direito internacional ser atingido por regulamentos (nem sempre jurídicos) alheios a seu âmbito próprio de atuação e outro relativo à necessidade de interagir com eles e tentar, quando possível, regulamentá-los²³⁸. Essa conjuntura suscita o problema de desvendar como esse conglomerado de normas atuará, pois, aparentemente, o desenvolvimento dessa lógica voltada a campos específicos coloca em causa a capacidade de o direito internacional atuar como um sistema coerente²³⁹.

O que a globalização expõe são desafios à unidade e à coerência do direito internacional. Nesse quadro, o papel que será desempenhado pelo direito internacional geral, no universo de especificidades, revela-se fundamental. Trata-se de um contexto de *transição paradigmática do direito internacional*²⁴⁰, cuja marca é a articulação necessária de cenários e de elementos aparentemente contraditórios, e no qual os elementos da permanência surgem por via de sua adaptabilidade necessária²⁴¹.

A complexidade da comunidade internacional²⁴² torna indiscutível a necessidade de compreender as alterações sobre o modo como as relações regulam-se. A premissa é de que quanto mais interdependente o mundo se torna, maior será a necessidade de cooperação internacional²⁴³. Na visão kantiana sobre a necessidade de cooperação mútua²⁴⁴, pode-se compreender que o direito internacional e sua capacidade de evolução apresentam a melhor

²³⁶ SALCEDO, J. A. C. **Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2001, p. 259.

²³⁷ MEGRÉT, 2009, p. 11.

²³⁸ MAZZUOLI, 2011, p. 59.

²³⁹ RODRÍGUEZ, P. J. M. **Los Paradigmas del derecho internacional**: ensayo interparadigmático sobre la comprensión científica del Derecho Internacional. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2008, p. 86 e ss.

²⁴⁰ PUREZA, 2011, p. 311.

²⁴¹ MARTINS, 2007, p. 222.

²⁴² MACHADO, 2006, p. 97.

²⁴³ BLUM, G. Bilateralism, Multilateralism, and the Architecture of International Law. In: **Harvard International Law Journal**, v. 49, n. 2, p. 348, 2008.

²⁴⁴ KANT, I. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 34

forma de regular a economia e o mundo global, exigindo, porém, um aumento em sua eficiência no que se refere ao conteúdo e ao quadro institucional²⁴⁵.

3.1 A questão da fragmentação do direito internacional

O fenômeno da fragmentação tem sido identificado como característico do atual direito internacional²⁴⁶, correspondente a sua divisão em “caixas altamente especializadas”, que reclamam autonomia entre si e em relação ao direito internacional geral²⁴⁷. Trata-se de manifestação recente, pois os tratados regulavam apenas questões de interesse recíproco dos Estados. Não havia tratados que dispusessem sobre princípios ou regras de condutas abstratas futuras²⁴⁸. O quadro modificou-se com os avanços tecnológicos, econômicos e sociais atrelados à industrialização, que impuseram desafios às relações entre os Estados. Por conta do desenvolvimento, surgiram as organizações internacionais, e, a partir delas, os tratados passaram a regular não apenas os interesses recíprocos dos Estados, mas foram criadas novas áreas do direito internacional²⁴⁹, ligadas ao conceito de governança global²⁵⁰.

Além disso, a especialização do conhecimento científico promovida pela sociedade da informação tornou a tomada de decisão baseada em sua expansão e fragmentação, o que permitiu a criação de subcampos funcionais, em que as normas jurídicas só podem, muitas vezes, ser aplicadas sobre a base do conhecimento especializado²⁵¹. O direito internacional avançou em direção às especificidades funcionais e à pluralidade de áreas especializadas e instituições voltadas à condução das novas questões, por isso, a fragmentação tem constituído o principal debate em tempos de globalização²⁵². Isso se dá, principalmente, porque os regimes especializados são adaptados às necessidades e interesses de cada rede, mas

²⁴⁵ STERN, B. How to Regulate Globalization. In: BYERS, M. (Ed.). **The Role of Law in International Politics: Essays in International Relation and in International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 255.

²⁴⁶ DUARTE, 2014, p. 33-35.

²⁴⁷ MCINERNEY-LANKFORD, S. Fragmentation Of International Law Redux: The Case of Strasbourg. In: **Oxford Journal of Legal Studies**, n. 32.3, p. 609-632, 2012.

²⁴⁸ TIETJE, 1999, p. 30.

²⁴⁹ Ibidem, p. 31-33.

²⁵⁰ Os Estados passaram a coabitar com esferas sobrepostas de normatividade superestatal que criaram um espaço administrativo multifacetado (SILVA, 2010, p. 20).

²⁵¹ As discussões voltam-se às possibilidades e aos limites da tradução do conhecimento científico em formas legais, como a composição de painéis de peritos (WERNER, 2014).

²⁵² DUPUY, P. M. A Doctrinal Debate in the Globalisation Era: On the “Fragmentation” of International Law. In: **European Journal of Legal Studies**, v. 1, issue 1, p. 25-41, 2007. Disponível em: <<http://www.ejls.eu/current.php?id=1>>. Acesso em: 03 set. 2013.

raramente levam em consideração o mundo exterior²⁵³. Formulações como desordem²⁵⁴, descontinuidade e desenvolvimento sem planejamento revelam as incertezas e os conflitos originados pela globalização e pelas relações sociais pós-modernas²⁵⁵.

Após 1989, com o fim da Guerra Fria, imaginou-se que o direito internacional poderia retomar o projeto de um sistema completo, como preconizado por Kelsen, Scielle e outros²⁵⁶. Não obstante, o avanço tecnológico, a rapidez nas comunicações, o liberalismo e a globalização revelaram uma incoerência ainda maior²⁵⁷. Ao lado dos Estados e das organizações internacionais, um número crescente de atores nacionais e internacionais, como câmaras de comércio, grupos de interesses econômicos, de direitos do ambiente e humanos, sindicatos e outras associações passaram a criar “regras jurídicas” e “parajurídicas”, estabelecendo distintas esferas de regulação que coexistem e parcialmente se sobrepõem, que competem e conflitam²⁵⁸. Esse caráter fragmentário aponta para a proliferação de codificações parcelares em diversas áreas restritas e pontuais²⁵⁹.

Em defesa de uma concepção pluralista invoca-se o fundamento do que é mais compatível no contexto de uma sociedade baseada em princípios liberais, a partir do que se reconhece outros grupos organizados, para além e dentro do Estado. O pluralismo teria o condão de refletir a diversidade social e os modos de relacionamento entre várias ordens legais²⁶⁰. Tal concepção retira a ideia de ordem jurídica do espaço territorial do Estado e pauta-se pela máxima descentralização do poder, o que em uma sociedade industrial acarreta na diversidade de centros de produção do direito e ordens legais autônomas que eventualmente rivalizam com a estatal²⁶¹. Nessa perspectiva, a tradição normativa do direito internacional centrada em uma ordem ligada ao modelo do Estado-nação europeu²⁶², cujos

²⁵³ ONU. International Law Commission. **Fragmentation of International Law**: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of International Law Commission. A/CN.4/L.682. Helsinki: Erik Castren Institute of International Law and Human Rights, 2007, p. 245.

²⁵⁴ DUARTE, 2014, p. 35.

²⁵⁵ KOSKENNIEMI, M; LEINO, P Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties. In: **Leiden Journal of International Law**, v. 15. n. 3, p. 556, 2002.

²⁵⁶ Ibidem, p. 559.

²⁵⁷ Ibidem, p. 559.

²⁵⁸ QUEIROZ, 2011, p. 38-39.

²⁵⁹ GOUVEIA, J. B. **Textos fundamentais de direito internacional**. 2. ed. Lisboa: Editorial Notícias, 2012, p. 18.

²⁶⁰ TEUBNER, 1995, p. 55-56.

²⁶¹ Ibidem, p. 55. O pluralismo rejeita a ideologia do centralismo legal que insiste que o Estado é a única forma de ordenação (SINHA, 1995, p. 31-55).

²⁶² Sobre o direito internacional sempre pairou a falta de uma atividade normativa e institucional unificada, e apesar da ambição representada pelo sistema da ONU, nunca houve uma legislatura global ou tribunal para moldar um corpo unificado de direito internacional, e tampouco um desejo uniforme para tal sistema (YOUNG, 2012, p. 2).

sistemas eram descritos como unitários e vinculados a um determinado conjunto de regras e princípios de interpretação, passou a ser desafiada²⁶³. Isso pode induzir a contradições por conta de tratamentos distintos sobre as mesmas questões²⁶⁴, o que indica possível ausência de unidade moral do direito internacional²⁶⁵.

Em 2000, a Comissão de Direito Internacional (CDI) da ONU incluiu nos trabalhos um tópico sobre os riscos da fragmentação²⁶⁶. O estudo parte da fragmentação como característica da modernidade, o que os sociólogos definem como “diferenciação funcional”²⁶⁷. Como resultado, há uma multiplicidade de aldeias globais independentes, cada qual a desenvolver uma dinâmica intrínseca, como uma área autônoma que não pode ser controlada do exterior²⁶⁸. Embora se reconheçam diversas razões²⁶⁹, há duas causas que respaldam o receio de que a disciplina esteja em curso de fragmentação: uma normativa, pela maior autonomia dos regimes especiais, e outra orgânica e institucional, baseada no crescimento de métodos e procedimentos de controle (não judiciais) que asseguram a aplicação do direito²⁷⁰.

Esse cenário tem sido objeto de críticas por deixar aparente uma possível erosão do direito internacional geral, a emergência de conflitos de jurisprudência e a perda de segurança jurídica, desafiando a própria estabilidade e consistência²⁷¹. Há quem sustente tratar-se de estratégia dos Estados mais poderosos para criar uma ordem legal que reflita, de maneira mais próxima, seus interesses, e que apenas eles tenham capacidade de alterá-la²⁷². Como os sistemas jurídicos às vezes diferem consideravelmente, a escolha da lei aplicável pode levar a

²⁶³ SAND, I.-J. From the Distinction between Public Law and Private Law – to Legal Categories of Social and Institutional Differentiation, in a Pluralistic Legal Context. In: PETERSEN, H.; ZAHLE, H. (Eds.). **Legal polycentricity: consequences of pluralism in law**. Aldershot: Dartmouth, 1995, p. 89 e ss.

²⁶⁴ As regras sobre as minas terrestres antipessoais ilustram as incoerências, pois foram matéria do Protocolo II da Convenção sobre o uso de certas armas convencionais e da Convenção de Ottawa, em 1997. Pelo primeiro, o uso das minas é permitido, enquanto que, pela última, é proibido (BLUM, 2008, p. 335-336).

²⁶⁵ LANGE, R. de. Diverge, Fragmentation and Pluralism. In: PETERSEN, H.; ZAHLE, H. (Eds.). **Legal polycentricity: consequences of pluralism in law**. Aldershot: Dartmouth, 1995, p. 103 e ss.

²⁶⁶ A pedido da Assembleia Geral, a Comissão dedicou maior atenção ao tema e, em 2002, estabeleceu um grupo de estudos para avaliar as dificuldades da diversificação e expansão do direito internacional, que resultou na apresentação de um relatório em 2006 (ONU, 2007, p. 8).

²⁶⁷ Entendida enquanto a especialização de partes da sociedade e sua autonomização (ONU, 2007, p. 11).

²⁶⁸ TEUBNER, 2004, p. 14.

²⁶⁹ A questão tem sido discutida como um desafio à globalidade por conta da necessidade de superar o conhecimento especializado e reconhecer a interdependência dos problemas e sua indispensável contextualização (MORIN, 2011, p. 47 e ss.). Santos (2000, p. 86) destaca que a fragmentação impõe-se porque não há regulação possível ou esta consagra apenas alguns atores, e estes, enquanto produzem uma ordem em causa própria, criam desordem para tudo o mais.

²⁷⁰ DUPUY, 2007, p. 2.

²⁷¹ ONU, 2007, p. 12.

²⁷² SIEBER, 2010, p. 6.

vantagens e/ou desvantagens. Trata-se do *forum-shopping*, ou seja, os Estados mais poderosos têm flexibilidade para optar pelo que melhor sirva a seus interesses e criar novos acordos²⁷³.

Fenômenos como esse caracterizam uma realidade para a qual é necessário delinear uma solução que garanta a verificação das dimensões que estiveram na origem do Estado de Direito, de modo a contrariar o “*gap* institucional” e o “déficit democrático” determinados pelo fato de a globalização econômica não ter sido acompanhada de uma globalização político-democrática²⁷⁴. Por isso, o problema da fragmentação revela-se mais sério do que se assume²⁷⁵. Sustenta-se que ela limita a capacidade de os Estados mais fracos formarem uma coalizão compensatória, unindo-os sobre questões comuns. E, ainda, que cria uma multiplicidade de instituições com sobreposição de responsabilidades que limitam a capacidade dos corpos legais internacionais para reintegrar o sistema. Por fim, esse sistema sugere uma falta de estrutura e obscurece a questão da intencionalidade, o que libera os Estados mais poderosos de assumirem a responsabilidade pelas deficiências do sistema, como é o caso do déficit democrático²⁷⁶. Por isso, proporcionaria a estes Estados a flexibilidade necessária para gerir os riscos e aumentaria seu poder²⁷⁷.

Os teóricos de tradição institucionalista, embora reconheçam que a ascensão de várias cortes internacionais aumenta a possibilidade de julgamentos conflitantes, afirmam que isso ocorre dentro do contexto da necessidade de diálogo interjudicial, o que pode preservar a unidade do sistema legal²⁷⁸. Por isso, compreendem a questão como um mero problema técnico por conta do crescimento das atividades internacionais²⁷⁹. O entendimento, fundado na tradição institucionalista neoliberal, sustenta que a fragmentação é parte da solução para as demandas da globalização. Seria uma resposta, ao gosto do mercado, à diversidade pluralista e superior a alternativas hierárquicas²⁸⁰.

²⁷³ ASSELT, H. van; SINDICO, F.; MEHLING, M. A. Global Climate Change and The Fragmentation of International Law. In: **Law & Policy**, v. 30, n. 4, p. 426, out. 2008.

²⁷⁴ SILVA, 2010, p. 17. Se o Estado está em crise, está longe de ser substituído por uma governação global, e esta, se começa a esboçar-se, está longe de ser democrática (MIRANDA, 2012, p. 18).

²⁷⁵ BENVENISTI, E. The Conception of International Law as a Legal System. In: **German Yearbook of International Law**, Heidelberg, v. 50, p. 397, 2008.

²⁷⁶ BENVENISTI, E.; DOWNS, G. W. The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law. In: **Stanford Law Review**, v. 60, p. 595-632, 2007.

²⁷⁷ Ibidem. Também são considerados os custos da unificação, cujos componentes não são apenas normativos, pois existem incentivos para que os Estados adotem uma determinada regulação, mesmo que não seja a melhor (KOZUKA, 2007, p. 683 e ss.).

²⁷⁸ Ibidem, p. 381.

²⁷⁹ ONU, 2007, p. 12.

²⁸⁰ BENVENISTI; DOWNS, 2007, p. 380.

Todavia, além de problemas materiais, a fragmentação origina problemas institucionais, nos quais há uma defasagem entre a proliferação de instituições e as medidas para produzir coerência no sistema²⁸¹. As evidências demonstram que a multiplicação de cortes internacionais levanta problemas²⁸²; o principal deles está na ausência de uma relação legal de hierarquia entre os tribunais, que não estão vinculados pela jurisprudência uns dos outros, o que pode levá-los a agir em isolamento clínico²⁸³.

Alguns atribuem essa situação ao fato de que a competência da maioria dos tribunais internacionais é limitada às regras do tratado que os instituíram, de modo que não são criados para aplicar o direito internacional geral, pelo menos não em termos expressos²⁸⁴. Entendem que as divergências decorrem, em parte, por referência às funções específicas dos tribunais envolvidos nos subsistemas em que foram criados e, por isso, não podem ser consideradas tão numerosas²⁸⁵.

Todavia, mesmo os que afirmam que o problema da fragmentação e da proliferação de cortes e tribunais internacionais foi exagerado²⁸⁶ reconhecem que o fenômeno conduz à julgamentos divergentes, especialmente pela disputa de instituições para a chamada “hegemonia institucional”²⁸⁷. Destacam-se consequências como (i) a criação de inconsistências por interpretações diferentes ou pela incapacidade de ter em conta a lei e a jurisprudência de outros tribunais (potencialmente) envolvidos em uma disputa; (ii) há casos que demonstram processos que resultaram em análises intermináveis com investimento desnecessário e em prejuízo às relações políticas e econômicas entre as partes; (iii) a concorrência jurisdicional que tem levado a decisões divergentes, ou que demonstram a ignorância de jurisdição de outro tribunal, o que mina a respectiva autoridade; e (iv) as

²⁸¹ TRACHTMAN, 2011, p. 1. Uma corte de direitos humanos ou um órgão judicial especializado pode interpretar regras de direito internacional de forma diferente do TIJ (DUPUY, 2002, p. 5). Para alguns, essa multiplicação de cortes e tribunais internacionais deveria ser vista como um movimento em direção à cultura entre os Estados de disputas baseadas no direito (LAVRANOS, 2008).

²⁸² No caso “MOX Plant”, instalação nuclear em Sellafield, no Reino Unido, destacaram-se os problemas da multiplicação de tribunais internacionais. Sobre ele, recaíram três procedimentos institucionais: um tribunal arbitral instituído pelo Anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre o direito do mar, o procedimento obrigatório de solução de litígios da Convenção de Proteção do Ambiente Marinho do Norte-Leste Atlântico e, ainda, sobre a Comunidade Europeia e tratados europeus inseridos na Corte de Justiça Europeia. Isso indica a dificuldade em relacionar os sistemas e apontar os princípios para resolver o conflito (LAVRANOS, 2008, p. 583).

²⁸³ LAVRANOS, N. Regulating Competing Jurisdictions Among International Courts and Tribunals. In: **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, v. 68, p. 577, 2008.

²⁸⁴ SIMMA, B. Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner. In: **The European Journal of International Law**, v. 20, n. 2, p. 278, 2009.

²⁸⁵ Ibidem, p. 279.

²⁸⁶ O debate teria tornado os juízes mais conscientes da responsabilidade pela construção coerente do direito internacional (SIMMA, 2009, p. 290).

²⁸⁷ Ibidem, 2009, p. 290.

decisões divergentes por órgãos jurisdicionais diferentes que criam obrigações conflitantes, o que força os Estados a violarem uma ou outra lei, enfraquecendo a justiça, o Estado de Direito e a resolução pacífica de disputas²⁸⁸.

A resposta aos desafios requer investigações em estágios distintos, desde a elaboração do direito internacional até o julgamento dos conflitos, pois a interação dos regimes não é só uma questão a ser respondida pelos tribunais ao interpretar conflitos, mas um aspecto constante nas agendas de negociação quanto a sua elaboração e coordenação²⁸⁹. A Comissão de Direito Internacional (CDI), embora reconheça como positivas a expansão da atividade internacional e a diversificação de seus objetos e técnicas, conclui que a especialização acarreta problemas de coerência²⁹⁰. A fragmentação coloca em causa a unidade do direito internacional, desafiando o raciocínio jurídico na busca por uma relação entre os campos que não devem operar aleatoriamente.

3.2 A discussão sobre a *autossuficiência* dos regimes especiais

Uma expressão da fragmentação está nos regimes específicos em determinadas áreas do direito internacional, aos quais se costuma atrelar a característica de autossuficiência. O surgimento desses regimes justifica-se porque a base do direito internacional reside nos livres acordos firmados entre Estados e nas regras costumeiras, sem a figura do legislador²⁹¹. Não há uma estrutura sistemática, e um novo acordo pode tocar em ramos do direito não antes incluídos no direito internacional ou criar uma nova referência institucional para determinado problema²⁹². A cada novo acordo originam-se questões relacionadas à hierarquia entre as fontes e às relações entre as diferentes normas. Conforme o direito internacional expande-se, torna-se mais especializado e divergente²⁹³.

²⁸⁸ LAVRANOS, 2008, p. 620.

²⁸⁹ YOUNG, M. A. (Ed.). **Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation**. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 2.

²⁹⁰ O grupo de estudos excluiu a análise das relações entre as instituições internacionais por sua posição no sistema da ONU (ONU, 2007, p. 13).

²⁹¹ A denominada “nomogênese descentralizada” (RODRÍGUEZ, 2008, p. 98).

²⁹² RUNERSTERN, M. **Defining ‘Self-contained Regime’**. A Case Study of the International Covenant on Civil and Political Rights. 2008. Tese (mestrado) - Universidade de Lund, Lund, 2008, p. 4. Disponível em: <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1561624&fileId=1565696>>. Acesso em: 18 set. 2013.

²⁹³ *Ibidem*, p. 4. Estima-se que estejam em vigor mais de 50 mil tratados cobrindo quase todos os aspectos das questões internacionais (HATHAWAY, 2005, p. 469-563).

Esse quadro é reflexo da arquitetura do direito internacional, cujas bases assentam-se no voluntarismo²⁹⁴ e na natureza dos tratados²⁹⁵. Uma vez que eles coexistem, algumas ações podem ser permitidas em relação a um Estado e proibidas para outro, dependendo dos tratados de que determinado Estado faça parte²⁹⁶. Com a complexidade dos temas abrangidos e com a diversidade a que o mundo se encontra sujeito, alguns sustentam que o cenário normativo internacional tende a tornar-se mais fragmentário²⁹⁷.

O termo que deu origem à ideia de *self contained-regimes* foi utilizado pela primeira vez pelo Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) no caso *S. S. Wimbledon*, no qual se enfrentou a questão de definir se as disposições do Tratado de Versalhes relativas aos cursos de água alemães também se aplicavam ao Canal de Kiel²⁹⁸. A Corte entendeu que os redatores haviam dedicado uma seção especial ao canal, que se diferenciava das regras relativas aos demais cursos de água, ou seja, as disposições sobre tal canal eram autocontidas²⁹⁹. O tribunal voltou a utilizar o termo, entretanto, transpondo o conceito para o nível das normas secundárias, quando se iniciaram as discussões doutrinárias³⁰⁰. Isso se deu no caso dos reféns de Teerã (*Tehran Hostages*), em que se julgou que o regime das consequências legais específicas disposto na Convenção de Viena era autocontido frente ao direito consuetudinário internacional de responsabilidade dos Estados³⁰¹. Esse entendimento foi fruto de críticas³⁰² e passou a atrair atenção no âmbito acadêmico³⁰³.

Os principais argumentos foram de que tais regimes teriam sido confundidos com a completa autonomia dos subsistemas legais. Entretanto, a teoria dos sistemas reconhece algum grau de interação entre eles, ao menos no nível interpretativo³⁰⁴. Assim, entendeu-se que o termo não deveria ser usado para circunscrever hipóteses de autonomia completa de subsistemas legais³⁰⁵. Além disso, as críticas recaíram na questão de que o TIJ deixou aberta a

²⁹⁴ PAUWELYN, J. Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-connected Islands. In: **Michigan Journal of International Law**, v. 25, issue 4, p. 904, 2003-2004.

²⁹⁵ BLUM, 2008, p. 329.

²⁹⁶ Ibidem, p. 336.

²⁹⁷ Há quem defenda que os tratados bilaterais são mais bem estruturados para atender aos problemas da fragmentação. Para estes, ainda que os acordos multilaterais promovam, em teoria, a uniformidade, isso se dá às custas de outros valores, como a flexibilidade e a adaptação a circunstâncias especiais de configurações específicas que são melhor tratadas pelos tratados bilaterais (BLUM, 2008, p. 337 e ss.).

²⁹⁸ SIMMA, B; PULKOWSKI, D. Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law. In: **European Journal of International Law**, v. 17, n. 3, p. 491, 2006.

²⁹⁹ Ibidem, p. 491.

³⁰⁰ RUNERSTERN, 2008.

³⁰¹ SIMMA; PULKOWSKI, 2006, p. 491.

³⁰² DUPUY, 2007, p. 3.

³⁰³ SIMMA; PULKOWSKI, 2006, p. 492.

³⁰⁴ Ibidem, p. 492.

³⁰⁵ Ibidem, p. 492.

definição do que seja um regime autocontido, já que no caso Teerã foi discutida apenas no contexto da responsabilidade do Estado³⁰⁶.

Em seu sentido original, o conceito referia-se a um conjunto de disposições de tratados que não poderiam ser complementadas pela aplicação de outras regras pela via da analogia. Após o caso dos reféns de Teerã, o debate circunscreveu-se à questão da completude das regras secundárias de um subsistema³⁰⁷. A partir daí surgiram entendimentos de que os regimes seriam autônomos e que, com a ajuda de um conjunto de regras secundárias, funcionariam isoladamente em relação ao direito internacional geral, possibilitando a existência paralela de várias normas do direito internacional³⁰⁸.

A CDI tem assumido três possíveis sentidos: (i) quando as violações de um grupo de regras primárias são acompanhadas por um conjunto especial de regras secundárias relativas a violações e reações às violações, como as regras diplomáticas no caso Teerã; (ii) quando há um conjunto de regras especiais, incluindo direitos e obrigações sobre uma matéria — tais regras podem referir-se a uma área geográfica ou a uma questão material —, o regime pode emergir na base de um simples tratado, vários tratados, ou tratados e outros, como prática subsequente ou direito consuetudinário; e ainda, (iii) quando os princípios e regras que regulam certo problema expressam um “regime especial”.

Vários níveis de autonomia são associados ao termo “*self-contained regimes*”, o que se dá pelo entendimento de que cada um compõe-se de seus princípios, sua forma de especialização e seu *ethos*, não necessariamente coincidente com o do regime mais próximo³⁰⁹. Para os que sustentam a autonomia dos regimes específicos, estes não mantêm qualquer relação com o direito internacional geral, pois proporcionam as soluções por intermédio de seus instrumentos convencionais³¹⁰. O fundamento é a noção de *lex specialis* como substitutiva, em vez de complementar ao direito internacional geral³¹¹.

Para a CDI, frequentemente novos regimes desenvolvem-se para desviar o direito internacional geral, e quando isto ocorre, padece a unidade da disciplina³¹², daí sugerir-se a substituição pela expressão “regimes especiais”; busca-se evitar confusões, pois não há

³⁰⁶ RUNERSTERN, 2008, p. 12.

³⁰⁷ SIMMA; PULKOWSKI, 2006, p. 492.

³⁰⁸ RUNERSTERN, 2008, p. 13.

³⁰⁹ ONU, 2007, p. 14.

³¹⁰ DUPUY, 2007, p. 2.

³¹¹ Ibidem, p. 2.

³¹² ONU, 2007, p. 14.

evidência que sustente a exclusão do direito internacional geral³¹³. Aliás, a característica mais problemática desses regimes é a pretensão de excluir a aplicação das consequências da responsabilidade estatal³¹⁴. Por isso, não é a emergência dos novos subsistemas, mas o uso do direito internacional geral pelos novos campos que representam interesses e visões nem sempre compatíveis³¹⁵.

3.3 A imprescindível interação entre os regimes do direito internacional

No quadro apresentado, a interação entre os regimes surge como questão decisiva, porque alcança áreas que governam atividades motivadas pela diferenciação setorial³¹⁶. Tal especificidade dos regimes cria o perigo de regras, princípios, sistemas normativos e práticas institucionais incompatíveis³¹⁷. Dupuy (2002, p. 429) salienta que alguns são dotados de um sistema específico de controle de sua legalidade e que a multiplicação de órgãos pode conduzir à emergência de “feudos normativos”, pois cada um será tentado a privilegiar suas regras e dar uma interpretação singular a princípios comuns, e as cortes especializadas serão inclinadas a favorecer suas próprias disciplinas³¹⁸, como ocorre com as normas sobre o investimento estrangeiro, cuja tendência é de reclamar status privilegiado no direito internacional³¹⁹.

Entretanto, não é possível optar pela exclusão do direito internacional geral, pois o princípio do *pacta sunt servanda* impede os Estados de deixarem suas obrigações contratuais e criarem um novo direito internacional fora do ambiente internacional existente. É inequívoco que os regimes especiais também não podem funcionar sem relação às limitações impostas pelas normas peremptórias de direito internacional geral. Então, o foco deve ser modificado de sistemas fechados no direito internacional para subsistemas inter-relacionados,

³¹³ Ibidem, p. 14.

³¹⁴ SIMMA; PULKOWSKI, 2006, p. 493. Um estudo de 1995 revisou os regimes e demonstrou como as regras específicas desviam-se das regras gerais (KOSKENNIEMI; LEINO, 2002, p. 561).

³¹⁵ KOSKENNIEMI; LEINO, 2002, p. 561.

³¹⁶ YOUNG, 2012, p. 8.

³¹⁷ ONU, 2007, p. 14.

³¹⁸ KOSKENNIEMI; LEINO, 2002, p. 562. Uma vez que um sistema maximiza sua racionalidade de forma excessiva, opõe-se a racionalidades concorrentes com excesso de maximização. É o caso da OMC quando se opõe aos interesses de países em desenvolvimento ou a proteção ambiental, maximizando a racionalidade econômica (PULKOWSKI, s/d.).

³¹⁹ LINDROOS, A.; MEHLING, M. Dispelling the Chimera of ‘Self-Contained Regimes’ International Law and the WTO. In: **European Journal of International Law**, v. 16, n. 5, p. 857-877, 2005.

tanto com o direito internacional geral quanto com outros subsistemas do direito internacional.

A questão central e de grande dificuldade consiste em alocar a autoridade em um sistema composto pelos dois elementos de unidade hierárquica e múltiplas estruturas de rede em diversas áreas³²⁰. Com isso, os problemas atingem não apenas a ordem normativa, mas também a institucional, em função da multiplicação da jurisdição internacional e do risco de julgamentos contraditórios³²¹. A complexidade e o congestionamento do terreno do direito internacional fazem surgir colisões e fricções³²², tornando imprescindível a investigação quanto aos meios para enfrentar os conflitos, normativos e processuais³²³.

Para a CDI, a noção de conflito refere-se à situação em que duas regras ou princípios sugerem formas diferentes de lidar com um problema, de modo que qualquer decisão envolva a interpretação e a escolha entre formulações normativas alternativas³²⁴. O conflito é inerente a qualquer ordem jurídica, e todas possuem mecanismos para solucioná-los. Nas ordens jurídicas nacionais, a situação é diferente por conta da forte relação hierárquica. No direito internacional, a hierarquia é menor e menos robusta³²⁵, daí porque o conflito normativo é endêmico ao direito internacional³²⁶. A natureza espontânea, descentralizada e não hierárquica da criação de normas internacionais, feitas inclusive pelo costume, tornou presente a noção de diferentes níveis de generalidade e força normativa³²⁷.

Em contraposição à natureza descentralizada, reside a noção de unidade, inerente ao direito, que representa uma ordem unificada através da hierarquia. A grande relevância da unidade, em sentido técnico, refere-se à direção e ao significado de um sistema articulado em termos de normas, sujeitos e sanções³²⁸. No direito internacional, mesmo os que entendem

³²⁰ SIMMA; PULKOWSKI, 2006, p. 484. As questões institucionais no direito internacional sempre foram discutidas, e, após a Segunda Guerra, o corpo central era baseado no TIJ que não possuía jurisdição obrigatória e tinha pequena atuação. As estruturas que mais se assemelhavam ao Legislativo e ao Executivo, a Assembleia Geral da ONU e o Secretariado, eram consideradas fracas e inefetivas. Décadas depois, estão mais fortes e, embora não exista uma força policial para penalizar as violações ao direito internacional, a ONU envia tropas para as nações-membro para evitar ou reprimir hostilidades. Embora a estrutura institucional continue uma colcha de retalhos, é inegável seu crescimento (HATHAWAY, 2005, p. 490).

³²¹ DUPUY, 2007, p. 4.

³²² TRACHTMAN, 2014, p. 2.

³²³ DUPUY, P. M. L'unité de l'ordre juridique international. In: **Recueil de Cours**, v. 297, p. 429, 2002.

³²⁴ ONU, 2007, p. 19.

³²⁵ Ibidem, p. 20.

³²⁶ SALCEDO, 2001, p. 246.

³²⁷ Ibidem, p. 246.

³²⁸ Kozuka (2007, p. 683 e ss.) explica que há centenas de anos que se crê na possibilidade de unificação das leis entre as nações. Já em 1988, é possível encontrar em Ernst Zitelmann um discurso sobre “direito global”, cujos fundamentos residiam no entendimento de que as formalidades nas disposições legais são comuns em todos os lugares e que os objetivos políticos seriam compartilhados por todas as nações civilizadas.

que nem as hierarquias formais, nem um consenso normativo de valores sobrepostos, nem mecanismos centralizados de aplicação parecem estar suficientemente desenvolvidos para garantir a unidade reconhecem a emergência do conceito de *jus cogens* e que certo grau de hierarquização não pode ser negado³²⁹. Com efeito, a introdução de *jus cogens* foi inspirada por analogia a normas nacionais que estabelecem a hierarquia das normas legais³³⁰, de maneira que representa a fonte mais relevante na hierarquia “informal” do direito internacional³³¹. A noção de *jus cogens* aparece na Convenção de Viena como normas jurídicas superiores à vontade dos Estados³³² que reconhecem os interesses da comunidade internacional em seu conjunto, ou seja, de toda a humanidade³³³.

A existência de regras imperativas na ordem internacional exerce incidência direta sobre o direito dos tratados, e a tensão entre o primado do direito especial por um lado, e do direito imperativo por outro, soluciona-se com a prevalência das regras imperativas pela presença de certa hierarquia normativa substancial³³⁴. Na prática, porém, alguns tribunais especiais interpretam as normas do regime correspondente como autossuficientes, não apenas a desviar do direito internacional geral, mas a reivindicar prioridade sobre ele³³⁵.

Alguns salientam que, embora as normas de *jus cogens* reflitam juízos de valor fundamentais e indiquem uma hierarquia para as questões mais frequentes, elas não fornecem qualquer orientação, pois os conflitos ocorrem entre regimes específicos, o que conduz a inconsistências sistêmicas entre normas do direito internacional³³⁶. Assim, embora a noção de *jus cogens* esteja entre os mecanismos aptos para solução dos possíveis conflitos no direito

³²⁹ SIMMA; PULKOWSKI, 2006, p. 496.

³³⁰ KACZOROWSKA, 2012, p. 48.

³³¹ Ibidem, p. 28.

³³² RAIGÓN, R. C. **Notas sobre el Ius Cogens Internacional**. Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1999.

³³³ SALCEDO, 2001, p. 258. O TIJ, no caso Barcelona Traction, reconheceu a distinção entre obrigações meramente bilaterais e obrigações dos Estados em relação à comunidade internacional. Pelos julgamentos da corte, evidencia-se que todas as normas de *jus cogens* são, ao mesmo tempo, normas que criam obrigações *erga omnes*, embora algumas destas podem não alcançar o *status* de *jus cogens*. Todas as normas de *jus cogens* dão origem a obrigações *erga omnes*, mas apenas algumas normas que criam obrigações *erga omnes* são de *jus cogens*. Quanto a estas, a ênfase está em seu reconhecimento pela comunidade internacional “como um todo”, ao passo que, em relação as obrigações *erga omnes*, a ênfase está em sua natureza (KACZOROWSKA, 2012, p. 48-51).

³³⁴ DUPUY, 2002, p. 430.

³³⁵ KOSKENNIEMI; LEINO, 2002, p. 555.

³³⁶ SIMMA; PULKOWSKI, 2006, p. 499.

internacional, as demais fontes — como tratados, direito consuetudinário e princípios gerais do direito internacional — são todas iguais e suscetíveis a ele³³⁷.

Na perspectiva dos internacionalistas clássicos, os conflitos são patológicos. Por isso, a CDI enfocou o estudo nos riscos causados pela fragmentação do direito internacional e sua capacidade de colocar em causa a própria estabilidade e consistência³³⁸. A comissão observou que, nas relações entre os regimes especiais e o direito internacional geral, aqueles podem prevalecer sobre este nas mesmas condições, como *lex specialis*³³⁹, cujo princípio significa que uma regra especial prevalece sobre a geral, sendo que, para sua aplicação, deve-se verificar qual das regras conflitantes é mais específica³⁴⁰.

O direito internacional geral, contudo, não se submeterá sempre à *lex specialis*; há pelo menos quatro situações em que aquele prevalecerá: (i) quando sua supremacia puder ser inferida por sua forma ou natureza ou pela intenção das partes; (ii) quando a aplicação da *lex specialis* possa frustrar os propósitos do direito geral; (iii) quando direitos adquiridos sobre o direito geral por uma terceira parte possam ser afetados negativamente pela aplicação da *lex specialis* e (iv) quando o equilíbrio de direitos e obrigações estabelecidas pelo direito geral possa ser negativamente afetado pela aplicação da *lex specialis*³⁴¹. O direito internacional geral continuará a ser aplicado como pano de fundo e tornar-se-á completamente aplicável quando o tratado não dispuser acerca de determinado ponto ou falhar³⁴². Daí a impossibilidade de aceitar os regimes especiais como circuitos legais fechados³⁴³, pois não podem funcionar sem recorrer às normas gerais³⁴⁴.

A questão problemática está na hipótese em que dois tipos de *lex specialis* conflitem entre si, pois haverá o conflito genuíno, em que o próprio direito aparecerá de forma diferente conforme o quadro normativo utilizado para examiná-lo³⁴⁵. Nessa hipótese, uma decisão justificável deve levar em conta a relação sistêmica entre os regimes, de modo que nenhum

³³⁷ SCHLEMMER-SCHULTE, S. Fragmentation of International Law: The Case of International Finance & Investment Law Versus Human Rights Law. In: **Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal**, v. 25, p. 417, 2012.

³³⁸ KOSKENNIEMI; LEINO, 2002, p. 560.

³³⁹ RUNERSTERN, 2008, p. 27.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 27.

³⁴¹ KACZOROWSKA, 2012, p. 45.

³⁴² *Ibidem*, p. 46.

³⁴³ RUNERSTERN, 2008, p. 27.

³⁴⁴ KACZOROWSKA, 2012, p. 46.

³⁴⁵ Como o caso dos hormônios de carne bovina, em que o corpo de apelação da OMC considerou o *status* do chamado “princípio da precaução” frente aos tratados da OMC, e especialmente o Acordo sobre Substâncias Sanitárias e Fitossanitárias. Concluiu-se que qualquer que seja o estado desse princípio no direito ambiental internacional, ele não se tornou obrigatório para a OMC. O entendimento sugeriu que “as normas ambientais” e o “direito comercial” poderiam ser regidos por princípios diferentes (ONU, 2007, p. 31-50).

seja afastado, porque os dois são *lex specialis* e contribuem na definição do propósito normativo³⁴⁶. Esse conjunto das regras deverá ser regido por princípios de interpretação, refletindo o objeto e o propósito de cada regime³⁴⁷. Eis porque existirá sempre algum grau de interação, ao menos interpretativo, sob pena de cada subsistema tornar-se um “Frankenstein” jurídico³⁴⁸.

As normas do direito internacional geral servirão como referência na interpretação dos conflitos entre normas especiais. O artigo 31 (3) (c) da Convenção de Viena expressa como podem ser aplicadas as relações de interpretação. Exige-se que o intérprete leve em conta “todas as regras pertinentes do direito internacional aplicáveis às relações entre as partes”. Esse artigo revela o objetivo de “integração sistêmica”, em que, independentemente do assunto, os tratados são uma criação do sistema jurídico internacional, e sua operação é baseada nesse fato³⁴⁹. Trata-se de reconhecer que há princípios que se originam do conceito de justiça natural e que refletem considerações elementares de humanidade³⁵⁰ a operar como diretrizes para a solução de conflitos.

Além disso, a equidade, expressa no artigo 38 (1) (c) do Estatuto do TIJ, poderá servir como fonte para a solução dos conflitos entre regimes especiais, pois seu conceito refere-se ao que é justo e razoável³⁵¹. O que se observa é a necessidade de interpenetração entre o direito internacional geral e os regimes especiais, mesmo porque estes só podem ser definidos em relação ao direito internacional geral, que fornece o cenário conceitual, linguístico e instrumental, facilitando a interpretação e a aplicação das normas especiais³⁵².

4 Os direitos humanos e o direito internacional do investimento estrangeiro: entre a dimensão cooperativa e a dimensão conflitual

No quadro apresentado, a relação entre os direitos humanos e o direito internacional do investimento estrangeiro emerge no centro dos debates. Cada um dos regimes desenvolveu-se com as respectivas especializações técnicas, porém, diante das discussões

³⁴⁶ ONU, 2007, p. 63.

³⁴⁷ Ibidem, p. 91.

³⁴⁸ SIMMA; PULKOWSKI, 2006, p. 492.

³⁴⁹ ONU, 2007, p. 208.

³⁵⁰ KACZOROWSKA, 2012, p. 55.

³⁵¹ MACHADO, 2006, p. 128-129.

³⁵² DUPUY, 2007, p. 11.

sobre o desenvolvimento sustentável, têm sido cada vez mais convocados à interação. De um lado, constata-se uma dimensão cooperativa³⁵³ em que se reconhece que o investimento estrangeiro, especialmente em países em desenvolvimento, pode constituir um fator importante de crescimento, de outro, há uma dimensão conflitual, pois pode constituir uma ameaça aos direitos humanos quando isso se dá de forma a pôr em risco a dignidade humana. Na prática, as dimensões são frequentemente combinadas³⁵⁴.

A dimensão cooperativa está no eixo do conceito de desenvolvimento sustentável, e existem inúmeros instrumentos políticos dirigidos a essa finalidade, como diretrizes, recomendações e códigos de conduta para regular a responsabilidade social das multinacionais, responsáveis pela expansão do investimento estrangeiro direto. Enquanto tais instrumentos sugerem que não há antagonismos entre as normas de investimento estrangeiro e os direitos humanos, não é possível subestimar os conflitos entre eles³⁵⁵.

Assim como Viñuales (2013, p. 28-29) identifica conflitos entre o investimento estrangeiro e o direito ambiental internacional, nos direitos humanos e no investimento estrangeiro também é possível estabelecer conflitos normativos quando há uma obrigação do direito internacional do investimento estrangeiro e outra dos direitos humanos, e, ainda, “conflitos de legitimidade”, quando entre normas e medidas oriundas de sistemas legais distintos. Nas disputas de investimento, o mais comum são medidas de proteção aos direitos humanos que afetam negativamente os interesses dos investidores estrangeiros, que afirmam que as medidas violam obrigações de investimento do Estado receptor³⁵⁶.

Para os direitos humanos, o ponto central reside na questão da aplicação dessas normas aos investidores estrangeiros e na ausência de mecanismos internacionais de responsabilização direta quando promovem abusos nos Estados receptores. Nessa óptica, torna-se essencial avaliar o papel dos grandes atores privados internacionais, porque da relação entre direitos, conferidos pelo regime do investimento estrangeiro, e deveres, oriundos dos direitos humanos, constata-se uma assimetria injustificável.

Assim, o direito internacional é convocado a solucionar questões oriundas de seu próprio desenvolvimento, em particular os desafios da globalização. A premissa é de que o direito internacional corresponde a um sistema e nenhum dos subsistemas pode pretender a

³⁵³ VIÑUALES, J. E. **Foreign Investment and the Environment in International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 24.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 24.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 27-28.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 29.

exclusão do outro ou do nexo que os vincula, qual seja, o direito internacional geral, que revela, além de regras e princípios substanciais, uma técnica argumentativa formal capaz de representar o que é “geral” em um mundo de particularismos técnicos³⁵⁷.

Se o desenvolvimento sustentável corresponde ao objetivo da comunidade internacional, a óptica isolacionista dos regimes do direito internacional não pode prosperar. Será necessário que o regime do investimento estrangeiro volte-se a uma abordagem de direitos humanos para que se alcance um desenvolvimento sustentável, e que o regime dos direitos humanos encontre respostas para os abusos praticados pelos investidores estrangeiros, possibilitando mecanismos adequados de reparação.

³⁵⁷ ONU, 2007, p. 255. Assim, a fragmentação e a unidade podem andar de mãos dadas, e decisões conflitantes podem ser evitadas (PAUWELYN, 2003-2004, p. 904).

PARTE II

O REGIME DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO QUADRO DO DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO: UM ESPAÇO PARA OS DIREITOS HUMANOS?

CAPÍTULO I

O QUADRO DO DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO

1 As principais nuances da evolução do direito internacional econômico

As relações econômicas internacionais foram uma realidade em todos os períodos do direito internacional³⁵⁸, porém, a intensidade e o modelo variaram³⁵⁹. Até meados do século XIX, não havia um sistema internacional que as regulasse, sendo viabilizadas por acordos bilaterais³⁶⁰. Foram as ideias liberais³⁶¹ de Adam Smith, David Ricardo e John Stuart Mill que influenciaram uma relativa despolitização da esfera econômica nas relações internacionais³⁶². As bases da construção liberal assentavam-se não só na ausência de participação do Estado na atividade econômica e social, como na alienação do patrimônio estatal para permitir a ação das forças de mercado e da concorrência³⁶³. Influenciada por essas ideias, a cultura jurídica até o início do século XX não dispunha sobre economia, excluindo a análise do direito internacional de fenômenos econômicos internacionais³⁶⁴, pautando-se pela autonomia da economia em relação à política, à sociedade, à moral e ao direito³⁶⁵.

Todavia, fatores como a concentração urbana, a expansão da classe operária e seu peso político, o trabalho infantil, o número de horas de trabalho, o baixo nível salarial, a ausência

³⁵⁸ MAISONNETT, L. H. Um Panorama Histórico do Direito Internacional Econômico: Desafios para um mundo globalizado. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, ano 1, n. 8, p. 4775-4796, 2012.

³⁵⁹ MORAIS, L. D. S. (Org.). **O Novo Direito Internacional Econômico** – Uma Introdução, v. 2. Lisboa: AAFDL, 2011, p. 43.

³⁶⁰ MAISONNETT, 2012, p. 4778.

³⁶¹ Fundavam-se na doutrina das vantagens comparativas, na qual a lógica é que se um Estado é mais eficiente em uma indústria do que outro e este é mais eficiente em indústria diversa, e ambos têm necessidade do produto de ambas as indústrias, cada qual deve especializar-se em uma delas, assim, o comércio nos dois produtos será benéfico para ambos (LOWENFELD, 2008, p. 5).

³⁶² Kinoshita (2008). A realidade em que desenvolveram tais ideias não era de um capitalismo industrial, mas uma economia agrária e comercial. Daí a defesa contra o protecionismo mercantilista da época e as vantagens de uma política de comércio livre. Se é certo que alguns aspectos dessa construção foram aproveitados, em alguns pontos, a obra de Smith foi distorcida por economistas que anunciaram uma ideologia não professada (AMARAL, 2012, p. 235 e ss.). Com isso, mais tarde, possibilitou-se a abertura das fronteiras e a ascensão das multinacionais e seguiu-se o grande volume de investimento estrangeiro (LOWENFELD, 2008, p. 8).

³⁶³ AZEVEDO, M. E. **As Parcerias Público-Privadas**: Instrumento de uma nova governação pública. Coimbra: Almedina, 2009, p. 35.

³⁶⁴ MAISONNETT, 2012, p. 4781.

³⁶⁵ DAL RI JR., A. O Direito Internacional Econômico em expansão: desafios e dilemas no curso da história. In: DAL RI JR., A.; OLIVEIRA, O. M. de. (Orgs.). **Direito Internacional Econômico em expansão**: desafios e dilemas. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005, p. 103.

de um serviço social de saúde e um sistema de previdência social desafiaram a abstenção econômica e a passividade do Estado mínimo³⁶⁶. Passou-se a sustentar a necessidade de valores sociais e padrões éticos, em um conjunto de reações antiliberais³⁶⁷; reforçou-se a crença de que as atividades sobre a economia internacional deveriam ser regidas por normas multilaterais capazes de possibilitar maior integração entre os Estados, na base de uma política da estabilidade e da confiança recíproca³⁶⁸.

Com o enfraquecimento das premissas do liberalismo³⁶⁹, o Estado passou a desempenhar um papel central na vida econômica, afastando a crença nos equilíbrios do mercado³⁷⁰. Com a Primeira Guerra, o Estado obrigou-se a desempenhar o papel de primeiro responsável pela economia; a inflação, o desemprego, a luta contra a alta de preços e a garantia de repartição de bens com o propósito de colmatar as disfunções de mercado, resultado das sequelas da guerra, conduziram a um processo que culminou com o mercado internacional fracionado pelo nacionalismo econômico³⁷¹.

Entre a crise de 1929 e o início da Segunda Guerra, intensificaram-se as lutas comerciais, e as relações econômicas internacionais foram marcadas pelo regionalismo, pela discriminação, pelo bilateralismo e pela instabilidade³⁷². Durante a fase que se seguiu à quebra da bolsa de Nova York, a maior parte dos países obrigou-se a tornar a economia uma questão política fundamental, e alguns Estados empreenderam programas de direção econômica, com fortes intervenções em matéria financeira³⁷³.

Na altura, Keynes iniciou uma revolução no pensamento econômico³⁷⁴, defendendo que um combate sucedido à depressão passava pela adoção de políticas econômicas para estimular a procura efetiva global³⁷⁵. A atenção centrava-se no investimento e recomendava,

³⁶⁶ VÁZQUEZ DE PRADA, V. **História Econômica Mundial**, v. II, Porto: Civilização Editora, 1973, p. 307.

³⁶⁷ AZEVEDO, 2009, p. 41.

³⁶⁸ MAISONNETT, 2012, p. 4781.

³⁶⁹ Levinas (2010, p. 65) destaca que “uma sociedade respeitadora das liberdades não poderia ter, pois, como fundamento simplesmente o ‘liberalismo’. Semelhante liberalismo fará depender a liberdade de um princípio objetivo, e não de um segredo essencial das vidas. A liberdade seria então totalmente relativa: bastaria que se provasse objetivamente a maior eficácia, no plano político ou econômico, de um dado tipo de organização, para que a liberdade ficasse sem voz.

³⁷⁰ AZEVEDO, 2009, p. 46.

³⁷¹ Ibidem, p. 50.

³⁷² Ibidem, p. 52.

³⁷³ Ibidem, p. 52.

³⁷⁴ Para Amaral (2012, p. 621-622), foi uma revolução no plano dos princípios, demonstrando o erro do dogma do equilíbrio econômico automático; no plano dos métodos, com uma nova forma de olhar a economia a partir das quantidades globais em interação em vez da análise voltada ao comportamento do indivíduo e da empresa; e no plano das políticas econômicas que conclui que se a recessão e o desemprego provêm de uma queda da procura global e se o investimento privado se retrai, o Estado deve intervir gastando e investindo mais.

³⁷⁵ AZEVEDO, 2009, p. 54.

no plano das políticas monetárias e de crédito, a expansão da circulação de moeda como a melhor forma de reduzir as taxas de juros, tornando possível aos empresários investir, e, no âmbito das finanças públicas, preconizava o recurso à política financeira para promover o aumento da procura efetiva global, por meio de despesas públicas compensadoras da retração dos investimentos privados³⁷⁶. Com base nessas premissas, ganhou protagonismo na recuperação econômica dos países no pós-guerra, em seguida, nas políticas econômicas e sociais, e, por fim, na necessidade de manter o crescimento e promover o desenvolvimento³⁷⁷.

A Segunda Guerra encerrou com a maior parte dos regimes autoritários que haviam instituído formas de capitalismo estatal, mas não restabeleceu o modelo liberal. Nos países mais atingidos houve um período de reconstrução e controle do Estado sobre a economia³⁷⁸. Houve, ainda, a constituição de grandes setores empresariais públicos, com a expansão da produção direta de bens e serviços, e foram conjugadas as despesas militares e de fomento às políticas de estabilização e redistribuição³⁷⁹. Estabelecida a paz, a emergência de um projeto de cooperação intergovernamental, que incorporou o diálogo interestatal, traduziu uma forma inovadora de relacionamento entre Estados, voltado a aprimorar os mecanismos de solidariedade, com respeito às soberanias nacionais³⁸⁰.

O sistema idealizado ao fim da Segunda Guerra envolvia uma tríade de organizações econômicas internacionais³⁸¹ voltadas aos vetores correspondentes à disciplina das relações monetárias internacionais (FMI), ao enquadramento do auxílio internacional ao desenvolvimento econômico (Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD) e à disciplina das relações comerciais internacionais (Organização Internacional do Comércio - OIT), que não chegou a ser instituída. Essa arquitetura jurídica do sistema de relações econômicas internacionais no pós-guerra³⁸² conferiu notoriedade e certa autonomia ao direito internacional econômico com a intensificação de suas relações³⁸³, com o desenvolvimento e a diversificação das técnicas do comércio internacional e o nascimento de uma nova *lex mercatoria*³⁸⁴.

³⁷⁶ Ibidem, p. 54.

³⁷⁷ Ibidem, p. 57.

³⁷⁸ Ibidem, p. 59.

³⁷⁹ Ibidem, p. 60.

³⁸⁰ Ibidem, p. 61.

³⁸¹ DUARTE, A. P. **O Sistema Monetário Internacional**. Lisboa: Conjuntura Actual, 2015.

³⁸² MORAIS, 2011, p. 47-48.

³⁸³ KINOSHITA, F. Apontamentos gerais sobre o Direito Internacional Econômico. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 52, p. 1, abr. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura_artigo_id=5914>. Acesso em: 15 fev. 2014,

³⁸⁴ DAL RI JR., 2005, p. 103.

Na definição das nuances do direito internacional econômico³⁸⁵, destacaram-se dois momentos: o Acordo de Bretton Woods e o Consenso de Washington. Desde 1944, os temas de direito internacional econômico ganharam relevância em função da conferência monetária e financeira da ONU realizada em Bretton Woods, cuja finalidade era reunir forças para financiar a reconstrução da Europa após a destruição provocada pela guerra e para salvar o mundo de futuras depressões econômicas³⁸⁶. O acordo foi um marco para a criação de um novo sistema para o quadro financeiro e econômico internacional, no qual os representantes de 44 países fundaram o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (atual BM) e o FMI³⁸⁷. Na época, grande parte dos países em desenvolvimento ainda era colônia, e os esforços escassos direcionados a fomentar seu desenvolvimento competiam a seus colonizadores³⁸⁸. Como os participantes da conferência tinham presente os efeitos da Grande Depressão, as prioridades centraram-se sobre o FMI, encarregado de adotar medidas para evitar outra depressão mundial³⁸⁹. Influenciados por Keynes, para quem a insuficiência da procura global explicava as depressões econômicas e que as políticas dos Estados poderiam estimulá-la, a função do FMI seria de exercer pressão sobre os países que não contribuíssem para manter a procura global³⁹⁰.

As instituições de Bretton Woods foram criadas com a convicção de que seria necessária uma ação global para alcançar a estabilidade econômica, como a ONU tinha sido criada porque se impunha uma ação global para alcançar a estabilidade política³⁹¹. Entre as finalidades essenciais estava uma ordem econômica liberal que substituísse as políticas nacionalistas desenvolvidas no Entreguerras³⁹². Após o Acordo de Bretton Woods, as principais economias capitalistas apresentaram crescimento³⁹³ nos anos 1950, e a paz somou-se à estabilidade, o que permitiu a alguns o regresso às políticas liberais³⁹⁴.

³⁸⁵ As primeiras obras sobre direito internacional econômico são de 1956; ver Erler (1956).

³⁸⁶ STIGLITZ, 2004, p. 47. Ingleses e americanos, estudando o desenho que o sistema monetário internacional deveria assumir, passaram a partilhar a convicção de que seria através da moeda que se poderiam resolver as distorções econômicas resultantes do conflito (MORAIS, 2011, p. 109).

³⁸⁷ BUNN, I. D.; PICKER, C. B. The State and Future of International Economic Law. In: PICKER, C. B.; BUNN, I. D.; WARNER, D. **International Economic Law: State and Future of the Discipline**. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 1.

³⁸⁸ STIGLITZ, 2004, p. 48.

³⁸⁹ Ibidem, p. 49.

³⁹⁰ Ibidem, p. 49.

³⁹¹ Ibidem, p. 49. O Acordo de Bretton Woods representou o mito fundacional para o direito internacional econômico (BROUDE, 2008, p. 19).

³⁹² AZEVEDO, 2009, p. 6.

³⁹³ BARUCO, G. C. da C. **Do Consenso Keynesiano ao Pós-Consenso de Washington**. 2005. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2005. Disponível em: <http://www.portal.ie.ufu.br/mestrado/ie_dissertacoes/2005/3.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2014.

³⁹⁴ AZEVEDO, 2009, p. 63.

Inspirada na concepção neoliberal sobre as vantagens do alargamento dos mercados e do estímulo da concorrência, formou-se a Comunidade Europeia para a supressão de obstáculos às relações econômicas entre os espaços nacionais³⁹⁵. No quadro internacional, com a independência de muitas colônias, foram dados os primeiros passos para uma ação mundial em prol do desenvolvimento, com a criação da Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), que propunha o diálogo entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento³⁹⁶.

Porém, com a crise mundial de 1970, o ritmo de crescimento dos países industrializados foi travado³⁹⁷. A crise deixou evidente a dificuldade de manutenção dos níveis de acumulação capitalista do período precedente, e a desestruturação do Acordo de Bretton Woods constituiu uma das principais manifestações da crise³⁹⁸. Volta-se a questionar a possibilidade de um desenvolvimento econômico sem fim à vista, que passou a ganhar contornos de utopia³⁹⁹.

No plano do poder político, as teses keynesianas e certa hegemonia das concepções liberais perderam campo, sobretudo com a subida ao poder de forças políticas mais conservadoras no Reino Unido e nos EUA⁴⁰⁰. O desencanto com a intervenção do Estado levou as opiniões públicas nacionais a imputarem-lhe a responsabilidade pela inoperância das políticas anticíclicas, e a oposição expressava o reconhecimento de que o crescimento do setor público era um fator que, ao invés de ajudar a atingir os objetivos de equilíbrio macroeconômico e de crescimento, representava antes um obstáculo real e efetivo a sua realização⁴⁰¹.

Nesse cenário, ressurgiu a necessidade de novos consensos sobre a economia global. Após a crise de 1970, o neoliberalismo consolidou-se como opção de desenvolvimento, defendendo a volta da ordem anterior, em que, supostamente, prevaleceria a concorrência

³⁹⁵ Ibidem, p. 72.

³⁹⁶ Ibidem, p. 72.

³⁹⁷ Os anos 1970 foram palco de turbulências monetárias, de uma crise energética e do reforço de práticas protecionistas (AZEVEDO, 2009, p. 77).

³⁹⁸ BARUCO, 2005, p. 50.

³⁹⁹ AZEVEDO, 2009, p. 77.

⁴⁰⁰ MENDONÇA, A. **A crise econômica e a sua forma contemporânea**. Lisboa: Editorial Caminho, 1990, p. 66.

⁴⁰¹ AZEVEDO, 2009, p. 82.

perfeita e a democracia⁴⁰². Essa ideologia, que aponta nas versões mais radicais para a neutralidade da política econômica, consolidou-se nos governos Thatcher e Reagan⁴⁰³.

Ainda em 1973, os EUA abandonaram os princípios do sistema monetário internacional de Bretton Woods, baseados na convertibilidade do dólar em ouro e no regime da estabilidade cambial, que foi substituído pela liberdade de escolha do regime cambial pela comunidade internacional⁴⁰⁴. Os países em desenvolvimento optaram por atrelar suas moedas a um padrão de referência, enquanto os países com maior representatividade na economia internacional escolheram a flutuação cambial, o que conferiu ao dólar uma posição mais central, fazendo com que a política americana afetasse decisivamente a evolução do sistema monetário internacional⁴⁰⁵.

Diante do balanço negativo das políticas econômicas dos anos 1970, deu-se o desvanecimento de um mito, que resultou no apelo à reponderação do papel e das funções do Estado, diluído entre o fenômeno da globalização, o predomínio das grandes potências e o desenvolvimento de blocos econômicos regionais, convocando o reposicionamento do Estado e da iniciativa privada⁴⁰⁶. A reordenação das funções desses setores resultou, por um lado, na diminuição do âmbito e do conteúdo das responsabilidades públicas e, por outro, aumentou a intervenção dos particulares na realização do bem comum⁴⁰⁷. Assim é que a “desintervenção” do Estado na economia e o pensamento keynesiano foram superados pelas correntes neoliberais e monetaristas⁴⁰⁸, cuja matriz de desenvolvimento acarretou a revalorização do mercado e da concorrência e apostou na iniciativa privada forte, considerada imprescindível para o bem comum⁴⁰⁹.

A partir de 1980, o hino ao mercado livre reforçou-se no quadro do Consenso de Washington, um consenso entre o FMI, o BM e o Tesouro dos EUA sobre as políticas “certas” para os países em desenvolvimento⁴¹⁰. A austeridade orçamental, as privatizações e a liberalização foram seus pilares⁴¹¹. O Consenso de Washington estava atrelado a um conjunto

⁴⁰² BARUCO, 2005, p. 50.

⁴⁰³ AVELÃS NUNES, 2009, p. 305.

⁴⁰⁴ MORAIS, 2011, p. 134-135.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 139.

⁴⁰⁶ AZEVEDO, 2009, p. 92.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 92.

⁴⁰⁸ Os precursores, Milton Friedman, Friedrich Hayek e Anna Schwartz voltavam-se para os princípios da teoria monetária, em uma proposta que pretendia revitalizar os mecanismos naturais compensatórios e minimizar as decisões discricionárias das autoridades econômicas (AZEVEDO, 2009, p. 94).

⁴⁰⁹ AZEVEDO, 2009, p. 94.

⁴¹⁰ STIGLITZ, 2004, p. 53.

⁴¹¹ AZEVEDO, 2009, p. 95.

de ideias⁴¹² aceitas como apropriadas para o desenvolvimento da América Latina⁴¹³. Os alicerces teóricos das recomendações são oriundos da economia neoclássica e expressam uma convicção na necessidade de deixar agir a “mão invisível” do mercado⁴¹⁴. Tais políticas foram aplicadas em contextos variados em África, América Latina, Europa Oriental e Ásia Central, e, através delas, os países passavam por duas fases, com o foco de intervenção a expandir-se primeiro na estabilidade macroeconômica e ajustamentos estruturais e depois reformas institucionais, que podiam contar com a luta contra a corrupção e contra a ineficiência de infraestruturas⁴¹⁵.

As propostas do Consenso de Washington adotaram uma concepção de desenvolvimento que incluía a estabilização macroeconômica, com o objetivo de reduzir a inflação e controlar as contas governamentais, a adoção de reformas estruturais, nas quais se inseriam a abertura comercial, a desregulamentação dos mercados, a privatização de estatais e de serviços públicos, a eliminação da maior parte dos subsídios, garantindo a liberalização dos preços e a abertura financeira, e a retomada dos investimentos e do crescimento econômico associado à distribuição de renda para os países periféricos⁴¹⁶.

As críticas centram-se na aplicação dessas políticas sem atenção às peculiaridades de cada país⁴¹⁷. A liberalização foi imposta, apesar de não haver provas de que estimulasse o crescimento econômico, e, noutros casos, as políticas econômicas que deram origem ao Consenso de Washington não eram adequadas aos países que estavam em fase inicial de desenvolvimento ou de transição⁴¹⁸. Sustenta-se que o FMI não previu as consequências negativas da globalização, que contribuíram para que a entrada de capitais especulativos e as privatizações ganhassem terreno nos países em desenvolvimento e nas economias

⁴¹² Essas ideias eram sustentadas pela Escola de Chicago, que defendia que uma boa sociedade repousava sobre a força e o potencial produtivo de homens livres em mercados livres (DINE, 2005, p. 27).

⁴¹³ As propostas abrangiam disciplina fiscal, redução dos gastos públicos, reforma tributária, determinação de juros pelo mercado, câmbio dependente igualmente do mercado, liberalização do comércio, eliminação de restrições para o investimento estrangeiro direto, privatização de empresas estatais, desregulamentação, e respeito e acesso regulamentado à propriedade intelectual (WILLIAMSON, 2008).

⁴¹⁴ SMITH, A. **Riqueza das Nações**. Lisboa: Fundação Caloste Gulbenkian, 1983; LOPES, D. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação. In: **Julgar**, n. 14, p. 47-75, 2011.

⁴¹⁵ LOPES, 2011, p. 2.

⁴¹⁶ BARUCO, 2005, p. 57.

⁴¹⁷ Lopes (2011, p. 3) destaca o período de ajustamentos estruturais na África Subsaariana nos anos 1980. Muitos reconheceram que as dificuldades na aplicação da estabilidade macroeconômica e na liberalização afetou os pobres desproporcionalmente, contribuindo para a distribuição desigual de rendimentos.

⁴¹⁸ STIGLITZ, 2004, p. 53.

emergentes⁴¹⁹. Outra questão refere-se à dominação do sistema pelos países industrializados e seus interesses, em detrimento dos países em desenvolvimento⁴²⁰.

Nesse ambiente, as políticas do Consenso de Washington, conforme Stiglitz (2004, p. 58), “beneficiaram poucos à custa de muitos, os ricos à custa dos pobres”, pois interesses e valores comerciais sobrepuseram-se às preocupações ambientais, à democracia, aos direitos humanos e à justiça social. Desde então, duas características têm sido marcantes no direito internacional econômico, a primeira, sua emergência como um dos mais importantes campos do direito internacional e, a segunda, sua associação com o paradigma de desenvolvimento do Consenso de Washington⁴²¹.

Faundez (2010, p. 10-11) afirma que, o direito internacional econômico foi submetido a uma transformação que o tornou o campo mais importante do direito internacional; para ele, isso se confirma por três medidas: volume, escopo e eficácia. O volume, pelo grande número de tratados em questões sobre comércio, finanças e investimentos e nas decisões pelas organizações econômicas internacionais e outros órgãos que estabelecem padrões e códigos de conduta em várias áreas. O escopo, relacionado à extensão, a abranger assuntos até então considerados parte da jurisdição doméstica dos Estados, e a maior eficácia verificada pelas melhorias em sua aplicabilidade pelo estabelecimento de vários tribunais internacionais para resolver as disputas sobre o direito econômico internacional⁴²². Com essa expansão, difundiu-se a lógica econômica, traduzida em regras e padrões aplicados a todos os Estados, independentemente de seu nível de desenvolvimento⁴²³.

O direito internacional, que se baseava apenas no consenso dos Estados para legitimar suas regras e instituições, alterou a lógica de que tal consenso é suficiente para a validade e exequibilidade do direito internacional, pois uma força mais poderosa de legitimação parece ter-se tornado o imperativo de integração econômica global retratada pelos interesses dos

⁴¹⁹ Diversas crises, como a da Argentina, em 2002, tiveram o fundo como corresponsável (MORAIS, 2011, p. 300-302).

⁴²⁰ Além da evidência de que o processo de decisão é dominado pelos EUA, que dispõem de poder de veto quanto às questões mais importantes, marginalizando países de menor poder econômico e tornando-os praticamente incapazes de influenciar as decisões (MORAIS, 2011, p. 300-302).

⁴²¹ FAUNDEZ, J. International Economic Law and Development: before and after neoliberalism. In: FAUNDEZ, J.; TAN, C. (Eds.). **International economic law, globalization and developing countries**. Cheltenham: Edward Elgar, 2010, p. 10.

⁴²² Ibidem, p. 10-11; ver Cottier (2009, p. 3).

⁴²³ Para alguns, as regras econômicas são como regras de engenharia, aptas a funcionar em qualquer lugar. O direito internacional econômico foi o meio pelo qual os princípios do Consenso de Washington foram traduzidos para as normas e as políticas internacionais (FAUNDEZ, 2010, p. 11).

principais Estados desenvolvidos e dos intermediadores de poderes internacionais⁴²⁴. O protagonismo dos agentes econômicos internacionais deu-se com a intensificação da competição pelo comércio e pelo investimento estrangeiro entre os países. As multinacionais passaram a desempenhar um papel de condução da economia mundial, enquanto os Estados passaram a aparecer política e economicamente desatualizados⁴²⁵. Na perspectiva das multinacionais, a divisão do mundo em unidades territoriais com quadros normativos distintos e conflitantes era ineficiente, representando uma barreira política que impedia os fluxos de bens e capitais. Como a eliminação dos sistemas legais nacionais não era prático, os *lobbies* direcionaram-se para assegurar padrões internacionais em áreas-chave, como o comércio e o investimento estrangeiros e a propriedade intelectual⁴²⁶.

O paradoxo é que ao mesmo tempo em que se reconhece a posição central do direito internacional econômico nos dias atuais e sua inseparável ligação com outros campos, como os direitos humanos⁴²⁷, há forte pressão dos agentes econômicos internacionais sobre os Estados para que estes mantenham a menor intervenção normativa. A filosofia neoliberal e a tendência à desregulação entendem tal intervenção como restrição aos mercados e à liberdade⁴²⁸. Assim, apenas nas questões em que há interesse dos agentes econômicos internacionais opera-se a regulação, em particular, quando necessária à segurança dos investimentos. Quanto a outras questões, convém que se mantenham distantes da regulação, para não restringir a liberdade dos mercados⁴²⁹.

Trata-se de indicação que revela as falhas de uma lógica fragmentária e especializada, bem como a falta interação interdisciplinar⁴³⁰. A crítica é de que os modelos econômicos em assuntos financeiros e monetários não são capazes de refletir as complexidades do mundo real, e tais teorias sozinhas não podem servir de base para o funcionamento dos mercados e para o exercício de poderes discricionários⁴³¹. Se a globalização é irreversível, o mesmo não se dá com a ideologia baseada na globalização, a ideologia neoliberal ou o fundamentalismo

⁴²⁴ Segundo Faundez (2010, p. 12), os Estados não são sequer referidos enquanto atores, mas enquanto economias, e as que são bem-sucedidas são descritas como emergentes, enquanto as que não são têm sido ignoradas ou descritas como “falhadas” ou frágeis. Essa visão, que sugere a ausência de prerrogativa dos Estados de deixar de seguir as normas internacionais e as coloca como camisa de força de um paradigma de desenvolvimento, caracteriza uma expectativa econômica razoável e segura para os principais agentes econômicos privados internacionais.

⁴²⁵ FAUNDEZ, 2010, p. 18.

⁴²⁶ *Ibidem*, 2010, p. 18.

⁴²⁷ COTTIER, T. Challenges Ahead in International Economic Law. In: **Journal of International Economic Law**, v. 12, n. 1, p. 3, 2009.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 7.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 7.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 12.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 12.

do mercado livre⁴³². Há, portanto, um equívoco em considerar que a globalização é incontrolável⁴³³.

Por isso, o debate sobre os problemas da fragmentação e do funcionalismo das organizações internacionais e sobre os diferentes campos regulatórios no direito internacional econômico precisa ser aprofundado, pois muito do que se considera direito internacional público relaciona-se ao direito internacional econômico⁴³⁴; os direitos humanos e outros campos não podem ser afastados, pois as fronteiras interagem. Assim, o modo tradicional de classificação das áreas no direito internacional não se mostra suficiente diante de problemas que não podem ser alocados em apenas um ou outro quadro institucional⁴³⁵.

Nesse sentido, Jackson (1995) destaca que o direito internacional econômico não pode ser separado do direito internacional geral ou direito internacional público, porque tanto as atividades e casos relacionados ao direito internacional econômico, que contêm muita prática em que são relevantes os princípios do direito internacional geral, quanto o direito internacional geral têm relevância considerável para as relações econômicas; em segundo, indica que a relação entre o direito internacional econômico e o direito nacional é importante para a efetividade daquelas normas; em terceiro, sugere um forte componente de multidisciplinaridade na pesquisa e no entendimento de quem trabalha com o direito internacional econômico; por fim, adverte a necessidade de mais estudos empíricos na matéria do que em qualquer outra do direito internacional.

Identificadas as nuances do direito internacional econômico, torna-se possível compreender porque se mantêm algumas questões tratadas de certa maneira e os óbices para o desenvolvimento em direção à maior interação com outras questões não menos dignas de atenção pelo direito internacional, como os direitos humanos. Se as tendências apontam para um mundo cada vez mais globalizado, em que se sobressaem as dificuldades de regulação sobre o comportamento dos agentes econômicos internacionais, é nesse quadro que deverão ser traçadas as mudanças para a melhoria do bem-estar mundial e para a preservação da paz contra conflitos econômicos⁴³⁶.

⁴³² HOBBSAWM, E. J. **O novo século**: entrevista a Antonio Polito. Trad. de Allan Cameron e Claudio Marcondes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 78.

⁴³³ *Ibidem*, p. 87.

⁴³⁴ COTTIER, 2009, p. 13.

⁴³⁵ Discutem-se as estruturas do conhecimento jurídico, como as tradições do funcionalismo e da fragmentação que não servem para explicar as questões mais complexas (COTTIER, 2009, p. 13).

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 603. Quer aceitemos que a globalização econômica é uma coisa boa ou não, ainda podemos nos perguntar se haverá maneiras de fazê-la funcionar melhor (SINGER, 2004, p. 120 e ss.).

Assim, será imprescindível considerar o direito internacional econômico em conjunto com outras matérias de interesse público⁴³⁷; haverá uma mudança estrutural apenas quando as vinculações assumidas pelos Estados no direito internacional econômico deixarem de refletir apenas os interesses e as expectativas jurídicas dos agentes econômicos privados e passarem a interagir com uma *sociedade econômica internacional*, de múltiplos agentes⁴³⁸. Será uma alteração direcional na matéria, que de horizontal, entre Estados, passará a ser de Estados, povos, cidadãos e múltiplas organizações⁴³⁹.

2 As discussões sobre o direito ao desenvolvimento

A evolução do direito internacional econômico foi permeada por divergências, entre elas, as considerações sobre o direito ao desenvolvimento a partir da Segunda Guerra⁴⁴⁰, inspiradas nas teorias latino-americanas da dependência e pela experiência de países da África e da Ásia que se tornaram independentes e descobriram que, apesar da independência política, estavam presos a relações econômicas desiguais com os antigos colonizadores⁴⁴¹. A percepção de que a ordem internacional permitia uma desvantagem para os países em desenvolvimento provocou reflexões sobre como a economia internacional poderia tornar-se mais favorável para que obtivessem maior controle sobre seus destinos econômicos⁴⁴².

Para os países desenvolvidos, o ingresso de novos Estados nas relações internacionais e seu desejo de desenvolver-se ofereceram uma oportunidade para renovar o direito internacional, que sofria de uma crise de credibilidade após o colapso da Liga das Nações,

⁴³⁷ Quando as questões surgem no quadro do Estado, devem ser solucionadas por mecanismos internos, e quando em escala internacional, será necessário voltar-se para as instituições internacionais (JACKSON, 1995, p. 603).

⁴³⁸ MORAIS, 2011, p. 65.

⁴³⁹ PETERSMANN, E.-U. Justice in International Economic Law? From the International Law among States to “International Integration Law” and “Constitutional Law”. In: **EUI Working Papers Law**, n. 46, p. 1-37, 2006.

⁴⁴⁰ Rajagopal (2003, p. 24) destaca três momentos na evolução da ideologia do desenvolvimento: o primeiro, com uma divisão cultural, articulada em um sentido pré-moderno, entre os cristãos e os infiéis, com o argumento de que as terras dos infiéis poderiam ser tomadas pelos cristãos; o segundo, com a construção de uma divisão civilizacional em sentido econômico, entre as pessoas do comércio e outras, o que construiu um nexo ente civilização e capitalismo e conferiu uma motivação moral para a expansão comercial nas colônias; e o terceiro, com o desenvolvimento de um aparelho de gestão de antirresistência pelas potências coloniais da década de 1940 até 1950, que seria capaz de gerenciar a dinâmica desencadeada pela operação dos dois primeiros momentos. Com o fim da Segunda Guerra, o mundo colonial começou a desmoronar, e os movimentos de independência haviam assegurado ou estavam na iminência de assegurar a independência política das colônias.

⁴⁴¹ BRADLOW, D. D. Development Decision-Making and the Content of International Development Law. In: **Boston College International and Comparative Law Review**, v. 27, issue 2, p. 196, 2004. A Conferência de Bandung foi o primeiro evento com um espírito de solidariedade entre os países do Terceiro Mundo. Por meio do grupo do G-77 e do movimento dos não alinhados, destacaram-se dois princípios: a descolonização e o desenvolvimento econômico, que foram as bases das propostas da NOEI tempos depois (RAJAGOPAL, 2003, p. 74).

⁴⁴² Ibidem, p. 197.

enquanto que, para os países em desenvolvimento, proporcionaria a oportunidade de usar as instituições a fim de avançar com o projeto de construção nacional⁴⁴³. Ambos partilharam a crença nas ideias emancipatórias da modernidade e do progresso, incorporadas à disciplina do desenvolvimento⁴⁴⁴.

Contudo, a própria teoria do desenvolvimento, cercada de controvérsias, passou por fases distintas. No pós-guerra, voltou-se à construção de grandes infraestruturas como motor de desenvolvimento dos Estados⁴⁴⁵. Na altura, o BM intensificou empréstimos para a construção de infraestrutura e projetos de transporte, com base na ideia do “desenvolvimento” como acúmulo de capitais e modernização de estruturas físicas, em oposição ao desenvolvimento humano⁴⁴⁶. Porém, a percepção de que os países pobres poderiam sucumbir ao comunismo se não fossem resgatados da pobreza levou o BM a considerar a redistribuição como meta de ajuda externa⁴⁴⁷.

Na segunda fase, voltou-se ao direcionamento do ambiente econômico para a adoção de políticas liberais favoráveis ao investimento privado e ao comércio livre⁴⁴⁸, com a criação de um ambiente institucional por meio de agências especializadas da ONU, agências bilaterais de desenvolvimento, regionais (como a OECD), multilaterais e com o nascimento da UNCTAD, do Programa de Desenvolvimento da ONU (UNDP), da Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS) e da Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA). Na sequência, tais instituições formaram a estrutura de operação da economia e do sistema político baseada no desenvolvimento⁴⁴⁹.

Nas últimas décadas, voltou-se ao desenvolvimento do capital humano com a implantação de políticas sociais⁴⁵⁰. Questões como o desenvolvimento sustentável, a democracia, os direitos humanos e a paz passaram a ocupar as preocupações, e autores como Stiglitz, Sen e Wolfensohn destacaram que o desenvolvimento deve ser um processo de expansão das liberdades que as pessoas possuem, menos economicista e mais ético⁴⁵¹.

⁴⁴³ Afirma-se uma substituição da relação colonizador-colonizador pela desenvolvido-subdesenvolvido (RAJAGOPAL, 2003, p. 25).

⁴⁴⁴ RAJAGOPAL, B. **International Law from Below: development, social movements, and Third World resistance**. Cambridge: Cambridge University Press, 200, p. 23.

⁴⁴⁵ MACHADO, 2006, p. 505.

⁴⁴⁶ RAJAGOPAL, 2003, p. 103.

⁴⁴⁷ Ibidem, p. 105.

⁴⁴⁸ MACHADO, 2006, p. 505.

⁴⁴⁹ RAJAGOPAL, 2003, p. 112.

⁴⁵⁰ MACHADO, 2006, p. 505.

⁴⁵¹ RAJAGOPAL, 2003, p. 152.

Durante essas fases, posições divergentes desenvolveram-se sobre o tratamento a ser dado aos países em desenvolvimento, que podem ser identificadas em linhas de pensamento que reverberam até hoje⁴⁵². Conforme Sarkar (2009, p. 37 e ss.), após a Segunda Guerra e em apoio ao paradigma capitalista, surgiu a teoria econômica neoclássica baseada na ideia de que o desenvolvimento segue um processo linear, dividido em etapas: primeiro, na sociedade tradicional; segundo, na criação de pré-condições para o desenvolvimento capitalista; terceiro, no estado capitalista maduro; e, por último, no estágio final de consumo em massa. Para essa teoria, a economia de mercado livre proporciona prosperidade e liberdade, e todos os países poderiam desenvolver-se.

Essa abordagem foi contraposta por três escolas principais: a estruturalista, que se fundamentava nas ideias keynesianas e que, embora defendesse a ideia do mercado livre, centrava-se no Estado como um fator relevante de mudança e de intervenção para redistribuições de renda⁴⁵³; a escola baseada na teoria marxista e neomarxista manifestava-se contra o capitalismo, entendendo que foi a natureza do capitalismo mercantil e a necessidade de matérias-primas que levou à conquista e à colonização do Terceiro Mundo⁴⁵⁴. Para esta corrente, a tecnologia e a modernização foram mantidas afastadas da periferia em um sistema de trocas desiguais, o que impossibilitou o desenvolvimento e conduziu à dependência⁴⁵⁵. Por fim, a escola do desafio normativo alternativo, composta por abolicionistas das instituições de Bretton Woods e economistas radicais, conferia ênfase aos valores comuns, como direitos humanos, preocupações ambientais e atenção às necessidades e aos atores locais. Esta escola desafiou a teoria econômica neoclássica a uma visão que reconhecesse as diversidades humanas e ecológicas em contraposição à homogeneização cultural do capitalismo⁴⁵⁶. Atualmente, as posições podem ser sintetizadas em duas visões⁴⁵⁷: a tradicional — que entende o desenvolvimento como crescimento econômico, separando-o do desenvolvimento social, cultural, ambiental e político⁴⁵⁸ — e a moderna — que sustenta o desenvolvimento

⁴⁵² SARKAR, R. **International Development Law: rule of Law, human rights & global finance**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2009.

⁴⁵³ Ibidem, p. 39.

⁴⁵⁴ MARX, K.; ENGELS, F. **Manifesto do Partido Comunista**. 3. ed. Lisboa: Avante, 1997. O direito internacional foi apoiado pela classe dominante desde a concepção de soberania de Francisco de Vitória, que ajudou a legitimar a conquista e exploração da América por definir os respectivos povos como não soberanos (MARKS, 2003).

⁴⁵⁵ SARKAR, 2009, p. 41.

⁴⁵⁶ Ibidem, p. 42.

⁴⁵⁷ BRADLOW, 2004, p. 198.

⁴⁵⁸ Ibidem, 2004, p. 195.

como um processo integrado de mudança, envolvendo questões interligadas, como as econômicas, sociais, culturais, políticas e ambientais⁴⁵⁹.

Entre os movimentos para tornar a ordem econômica internacional mais igualitária, a Nova Ordem Econômica Internacional emergiu logo que os países do Terceiro Mundo⁴⁶⁰ passaram a reivindicar um tratamento diferenciado no contexto das relações econômicas internacionais. O foco voltou-se a questões essenciais do direito internacional econômico, como comércio internacional e responsabilidade dos Estados com os investidores estrangeiros e os Estados de origem⁴⁶¹. As discussões decorreram da percepção dos Estados recém-independentes de que, ao sujeitarem-se ao direito internacional público e à ordem econômica internacional, estariam em desvantagem⁴⁶².

Nesse sistema, cujos princípios voltam-se à reciprocidade na abertura dos mercados, os países em desenvolvimento, pela falta de capital e de tecnologia, não tinham como produzir produtos competitivos, e sua participação era restrita na economia mundial. Em regra, só tinham condições de exportar matérias-primas e bens manufaturados e precisavam importar os demais⁴⁶³. Como os preços são determinados pela oferta e pela demanda, e como a maioria dos países em desenvolvimento exportava os mesmos produtos, as receitas de exportação eram baixas, o que levou a um saldo negativo no comércio exterior e à dependência⁴⁶⁴.

Os países em desenvolvimento perceberam que a soberania e a liberdade que alcançaram eram restritas, e que suas políticas econômicas tiveram de ser “encaixadas” na ordem internacional, para cuja formação contribuíram de forma limitada⁴⁶⁵. Nesse quadro, temiam uma condenação para a segunda ou terceira classe na comunidade internacional e, em parte influenciados por uma visão socialista, consideravam a ordem econômica mundial como uma ferramenta imperialista dos países industrializados para impedir o desenvolvimento igualitário⁴⁶⁶.

⁴⁵⁹ Ibidem, 2004, p. 195.

⁴⁶⁰ A expressão “Terceiro Mundo” foi cunhada por Alfred Sauvy, em 1952, para refletir o relacionamento hierárquico entre os Estados (RAJAGOPAL, 2003, p. 25). Em 1920, o jurista Pashukanis descreveu como os Estados capitalistas se uniram, dividindo o mundo em Estados civilizados e não civilizados. Os primeiros adotaram o modo capitalista e os “restos do mundo” foram considerados objetos de suas transações (ESCOBAR, A. apud STARK, 2014, p. 264).

⁴⁶¹ BRADLOW, 2004, p. 197.

⁴⁶² WEIB, W. Shift in Paradigm: From the New International Economic Order to the World Trade Organization – Germany’s Contribution to the Development of International Economic Law. In: **German Yearbook of International Law**, v. 46, p. 171 e ss., 2003.

⁴⁶³ Ibidem, p. 173.

⁴⁶⁴ Ibidem, p. 173.

⁴⁶⁵ Ibidem, p. 174.

⁴⁶⁶ Ibidem, p. 174.

A busca pela justiça compensatória exigia que os países em desenvolvimento fossem tratados de forma preferencial. Para tanto, adotou-se na Assembleia Geral da ONU, em 14 de dezembro de 1962, a Resolução nº 1.803 (XVII), sobre “Soberania Permanente sobre Recursos Naturais”, ponto de partida para resoluções subsequentes⁴⁶⁷. Outro marco deu-se em 1964, com a UNCTAD, cujo estabelecimento correspondia ao anseio de dar nova orientação aos postulados do comércio internacional, distinta da visão clássica do “comércio livre”, ao mesmo tempo em que se tentava intensificar e aumentar a função da ONU nesse campo⁴⁶⁸. As conferências da UNCTAD procuraram aprofundar a equidade nas relações entre Estados ricos e pobres e promover o comércio internacional voltado ao desenvolvimento econômico por intermédio de acordos comerciais⁴⁶⁹.

Nesse período, os países em desenvolvimento centraram as atenções em fortalecer sua capacidade de controlar a exploração de recursos naturais, afirmando o direito de regular as multinacionais operantes no setor e garantir o acesso às tecnologias modernas, para apoiar e desenvolver ainda mais seus esforços para a implantação da política de substituição de importações⁴⁷⁰. Entretanto, a importância crescente dos problemas econômicos e seu impacto nas relações internacionais passaram a refletir-se na busca pela regulamentação das relações econômicas internacionais, por conta de problemas com as matérias-primas e com o desenvolvimento, precipitados pela crise do petróleo e seus derivados⁴⁷¹.

A primeira formulação dessa pretensão deu-se com a Declaração do Programa de Ação para o Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Internacional, adotada na sexta sessão extraordinária da Assembleia Geral da ONU, em 1974, ao proclamar a determinação das nações de

[...] trabalhar com urgência para a instauração de uma nova ordem econômica internacional fundada na equidade, na igualdade soberana, na interdependência, no interesse comum e na cooperação entre todos os Estados, independentemente de seus sistemas econômico e social, que corrigirá as desigualdades e retificará as injustiças atuais [...]⁴⁷². (ONU, 1974).

A NOEI alicerçou-se no direito ao desenvolvimento e pretendia a edificação de um quadro político e jurídico favorável ao desenvolvimento dos países mais pobres, que, ao

⁴⁶⁷ TRINDADE, 1984.

⁴⁶⁸ Ibidem, p. 214.

⁴⁶⁹ MACHADO, 2006, p. 508. A UNCTAD compartilhou a mentalidade colonialista (RAJAGOPAL, 2003, p. 84).

⁴⁷⁰ FAUNDEZ, 2010, p. 14.

⁴⁷¹ TRINDADE, 1984, p. 214.

⁴⁷² MAGALHÃES, J. C. de. **Direito Econômico Internacional**. Curitiba: Juruá, 2008. Rajagopal (2003, p. 33-34) sustenta o equívoco da crença na NOEI por não se considerar a natureza sistêmica e econômica da violência das relações interestatais na integração das colônias em uma economia mundial.

tomarem consciência de que em conjunto poderiam influir na tomada de decisões, agruparam-se para atuar nos órgãos da ONU de forma coordenada e para instituir um quadro com modificações das estruturas normativas⁴⁷³. Assim, alcançaram a aprovação, em 1974, da Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, o que reforçava suas pretensões, com o reconhecimento do direito de cada Estado regulamentar os investimentos estrangeiros nos limites de suas jurisdições e de exercer autoridade sobre eles, de regulamentar e supervisionar as atividades das transnacionais e de nacionalizar, expropriar ou transferir a propriedade dos bens de estrangeiros mediante o pagamento de uma indenização adequada, conforme suas leis. Não obstante a existência de votos contrários à carta, sua aprovação reconheceu que cada Estado é responsável pelo progresso econômico, social e cultural de seu povo, cabendo-lhe escolher os meios de desenvolvimento, de mobilizar e utilizar os próprios recursos⁴⁷⁴.

Porém, com a condução do bloco dos países do Terceiro Mundo por uma ala mais moderada e com a adoção pelos EUA e demais países desenvolvidos de uma postura mais equilibrada sobre as reivindicações dos países em desenvolvimento, o movimento perdeu força. As instituições internacionais ganharam expressão e tornaram-se guardiãs do sistema econômico internacional, inclusive do acesso ao capital ocidental⁴⁷⁵. A partir dos anos 1980, o foco dirigiu-se às barreiras internas e aos requisitos de desenvolvimento de cada país⁴⁷⁶. Com o esfacelamento da União Soviética, a queda do muro de Berlim e o fim da Guerra Fria, houve o fim da divisão dos dois sistemas econômico-políticos. Esses acontecimentos deram-se paralelamente à ascensão norte-americana como potência hegemônica mundial, a atuação crescente das empresas multinacionais e a globalização com novas características nas relações econômicas entre Estados, afastando-se do que se afirmou nas resoluções da Assembleia Geral da ONU para instituição da NOEI⁴⁷⁷.

Diante da falta de parâmetros para as novas relações econômicas internacionais, iniciaram-se as negociações da Rodada do Uruguai, da qual resultaram consequências como a constituição da Organização Mundial do Comércio (OMC), o que marcou uma nova etapa nas relações econômicas e comerciais internacionais e uma nova maneira de serem conduzidas sob o prisma do neoliberalismo e do processo de globalização⁴⁷⁸. Moldou-se a nova arquitetura econômica global como uma rede complexa de acordos e tratados sobre comércio,

⁴⁷³ MAGALHÃES, 2008, p. 79.

⁴⁷⁴ Ibidem, p. 91-95. Em 1975, com a Declaração de Rambouillet, os países desenvolvidos registraram o compromisso de restabelecer o aumento do comércio internacional e evitar medidas protecionistas. O encontro marcou o início do G7/8, na época, G6; Magalhães (2008, p. 79).

⁴⁷⁵ RAJAGOPAL, 2003, p. 81-82. Afirma-se que a NOEI está morta e enterrada (KLABBERS, 2013, p. 282).

⁴⁷⁶ BRADLOW, 2004, p. 198.

⁴⁷⁷ MAGALHÃES, 2008, p. 102.

⁴⁷⁸ Ibidem, p. 103.

investimento, empréstimos, marcas, tributação, padrões trabalhistas, ambientais e muito mais, dirigida à abertura dos mercados, conforme o interesse do mercado global⁴⁷⁹.

Na altura, entre as áreas que se tornaram objeto de discussão estava a dos investimentos estrangeiros. Como consequência, registrou-se uma busca pelos investimentos, em uma competição entre os países por seu processo de desenvolvimento; tal busca acarretou o abandono das discussões retratadas na resolução que aprovou a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados em prol dos interesses imediatos⁴⁸⁰.

As discussões da Rodada do Uruguai voltaram-se à adoção de um projeto de acordo multilateral sobre o investimento, feito para consolidar, em um único tratado, regras e princípios de proteção aos investidores estrangeiros, foram abandonadas⁴⁸¹. Acusado de reafirmar a natureza hegemônica do capital global, o acordo sofreu uma mobilização da opinião pública por estar sendo negociado secretamente, em uma coalizão de 29 países ricos, e que com seu caráter antidemocrático removeria o poder de decisão das comunidades locais e dos governos para os burocratas internacionais⁴⁸².

A política de unilateralismo agressivo dos EUA foi combinada com uma política mais dinâmica, que visava persuadir os países em desenvolvimento a aceitar os antigos pontos de vista mantidos pelos norte-americanos e por outros países exportadores de capital em relação à proteção da propriedade estrangeira⁴⁸³. Diante da frustração do projeto, estabeleceu-se uma rede de acordos bilaterais de investimento com os países em desenvolvimento e uma mudança para um quadro distante daquele que estes países haviam apoiado no período antecedente à aprovação da Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados⁴⁸⁴.

As orientações adotadas pelo Consenso de Washington voltaram-se para a incorporação dos países em desenvolvimento⁴⁸⁵ na economia global⁴⁸⁶, e grande parte das regras de direito internacional econômico direcionou-se para o desenvolvimento dos países subdesenvolvidos⁴⁸⁷, inicialmente para formar acordos e facilitar projetos e, depois, na

⁴⁷⁹ POGGE, T. Priorities of Global Justice. In: POGGE, T. (Ed.). **Global Justice**. Oxford: Blackwell, 2001, p. 12.

⁴⁸⁰ MAGALHÃES, 2008, p. 182.

⁴⁸¹ FAUNDEZ, 2010, p. 22.

⁴⁸² RAJAGOPAL, 2003, p. 157.

⁴⁸³ FAUNDEZ, 2010, p. 19.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 19.

⁴⁸⁵ A maioria dos Estados está categorizada como “país em desenvolvimento” (TAYLOR, 2004).

⁴⁸⁶ FAUNDEZ, J.; TAN, C. (Eds.). **International economic law, globalization and developing countries**. Cheltenham: Edward Elgar, 2010, p. 1.

⁴⁸⁷ A expansão institucional deve-se à emergência do discurso do desenvolvimento para governar as relações entre o Ocidente e os demais. Tais instituições seriam um aparato de controle e canalização da resistência dos países de Terceiro Mundo (RAJAGOPAL, 2003, p. 42-72). A ideologia liberal moldou o discurso do desenvolvimento e uma revisão de três períodos do desenvolvimento mostra como os lucros do Ocidente foram

resolução dos conflitos⁴⁸⁸. Para alguns, estruturou-se a “ordem econômica neoliberal” nas premissas do Consenso de Washington⁴⁸⁹.

A adesão dos países em desenvolvimento ao direito internacional econômico foi permeada por uma grande e, em alguns casos, irresistível pressão, com restrições em sua capacidade de formular políticas adequadas a suas necessidades⁴⁹⁰. Isso se agravou com o conteúdo assimétrico das novas regras, a sugerir que a normatização das relações econômicas internacionais poderia não trazer benefícios reais aos países em desenvolvimento⁴⁹¹ por dois fatores: (i) a incorporação destes países no pós-guerra em um sistema no qual tinham influência limitada na concepção⁴⁹² significou que foram conformados às regras e às instituições estabelecidas para o benefício dos países industrializados e (ii) a continuidade na marginalização dos países em desenvolvimento do *locus* de tomada de decisão nas relações econômicas e no direito internacional econômico dificulta sua capacidade para corrigir as assimetrias, mantendo-os como “objetos” ao invés de “sujeitos” do direito internacional econômico⁴⁹³.

Dá a percepção de que entre as características do direito internacional econômico está a de ter sido usado para impor disciplina aos países em desenvolvimento, sujeitos às condicionalidades impostas pelos desenvolvidos⁴⁹⁴ no interesse dos agentes econômicos privados internacionais. Afinal, o Consenso de Washington afirmava que o bom desempenho econômico ocorreria na medida em que o comércio fosse liberalizado e que se alcançasse a estabilidade macroeconômica e a correção dos preços; uma vez que o governo “saísse do caminho” do mercado, este produziria alocações eficientes e crescimento⁴⁹⁵. O foco das políticas do Consenso voltava-se ao crescimento econômico, cujos padrões podem ser

obtidos à custa dos países menos desenvolvidos. Primeiro, durante a Guerra Fria, em que a ajuda financeira era usada para comprar apoio político para o Ocidente. Segundo, durante os anos 1980 e 1990, os créditos e empréstimos eram concedidos nos termos do FMI, condicionados a rígidos planos de ajustamento estrutural. Terceiro, o atual sistema de reservas globais é uma fonte contínua de empréstimos de baixo custo para o Ocidente, especialmente para os EUA (STARK, 2014, p. 265).

⁴⁸⁸ TAYLOR, C. O’N. Interrelationships: International Economic Law and Developing Countries. In: **Boston College International and Comparative Law Review**, v. 27, issue 2, p. 188, 2004.

⁴⁸⁹ STARK, B. Jam Tomorrow: a critique of international economic law. In: CARMODY, C.; GARCIA, F. J.; LINARELLI, J. **Global Justice and International Economic Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 263. Para a autora, o Consenso de Washington faz mais para Washington do que para o alvo de sua preocupação (STARK, 2014, p. 272).

⁴⁹⁰ FAUNDEZ; TAN, 2010, p. 1.

⁴⁹¹ Ibidem, p. 1.

⁴⁹² Para Stark (2014, p. 269), a metanarrativa do desenvolvimento falha porque se baseia na premissa de que o estilo ocidental de desenvolvimento é o que todos querem.

⁴⁹³ Sobre a desigualdade no tratamento dos países nas relações econômicas internacionais, ver Faundez e Tan (2010, p. 2-32).

⁴⁹⁴ FAUNDEZ; TAN, 2010, p. 33.

⁴⁹⁵ STIGLITZ, 1998.

avaliados por indicadores econômicos de inflação, do crescimento da oferta de dinheiro, taxas de juros, orçamento e déficits comerciais com que se retratava a economia, e, após, criavam-se recomendações⁴⁹⁶. Essa abordagem centrava-se no êxito econômico, porém outras considerações eram marginalizadas⁴⁹⁷.

Com a limitação dos fatores definidos como requisitos para o desenvolvimento, Stiglitz (1998) destaca a incapacidade das políticas do Consenso de Washington em oferecer respostas às questões mais importantes sobre o tema. Para ele, os mercados globais estão mais abertos e o investimento privado possui uma mobilidade maior, porém, trouxeram pouco progresso às populações mais pobres do mundo. Isso se deve não apenas ao protecionismo dos países desenvolvidos, mas porque mesmo os mercados mais abertos não apresentariam um crescimento econômico rápido em áreas onde falta infraestrutura básica e o desenvolvimento físico e mental de potenciais empregados é prejudicado por doenças, desnutrição e analfabetismo⁴⁹⁸. Nessas áreas, é necessário um esforço especial, não centrado apenas no mercado; assim, atrairão um investimento privado que poderá ser suficiente para mantê-las e continuar avançando. Se assim não for, a nova arquitetura econômica aumentará a desigualdade econômica global⁴⁹⁹.

Nesse contexto, sustentou-se um direito ao desenvolvimento, que nunca se materializou por dificuldades como a definição de quem seria o titular do direito e em que recairia tal obrigação e como poderia ser efetivado⁵⁰⁰. Este último ponto é crucial, em vista das divisões políticas sobre a melhor forma de alcançá-lo⁵⁰¹. Enquanto o desenvolvimento mantém-se como uma das áreas políticas para as instituições financeiras, a ideologia subjacente é a de que as nações em desenvolvimento devem adotar o mesmo estilo das instituições ocidentais, abraçar a propriedade privada, garantir os mercados locais e combater a corrupção, temas definidos de forma reconhecidamente ocidentais⁵⁰².

⁴⁹⁶ Ibidem, 1998.

⁴⁹⁷ CHAZOURNES, L. B. de. The Bretton Woods Institutions and Human Rights: Converging Tendencies. In: BENEDEK, W.; DE FEYTER, K.; MARRELLA, F. (Eds.). **Economic Globalisation and Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 213.

⁴⁹⁸ Ibidem, p. 13.

⁴⁹⁹ Ibidem, p. 13.

⁵⁰⁰ KLABBERS, J. **International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 282. Há os que afirmam que ninguém negaria a um Estado seu direito a desenvolver-se se isso fosse alcançado por seu próprio esforço. Para estes, os países em desenvolvimento parecem interpretá-lo como um direito a ser assistido para chegar a um estágio de desenvolvimento comparável ao do Norte, com tal assistência sendo prestada como um auxílio imediato ou pela concessão do tratamento preferencial. Por isso, são incapazes de impô-lo aos países desenvolvidos. Mesmo assim, o Norte concorda em apoiar os países subdesenvolvidos, sem reconhecer qualquer obrigação legal. Espera-se, assim, afastar o perigo de uma rebelião dos pobres contra os ricos (SEIDL-HOHENVELDERN, 1999, p. 5-6).

⁵⁰¹ KLABBERS, 2013, p. 282.

⁵⁰² Ibidem, p. 283.

Entre os esforços para estimular um conceito mais amplo de desenvolvimento, a Assembleia Geral da ONU⁵⁰³ adotou, em 2000, os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODMs), um conjunto de metas que incluem a erradicação da pobreza extrema e da fome, a redução da mortalidade infantil, sustentabilidade ambiental, a realização do ensino primário universal e a promoção da igualdade de gênero⁵⁰⁴. Como se sugere, a ideia de desenvolvimento não estaria centrada apenas no desenvolvimento dos Estados, mas também no dos indivíduos. Porém, mesmo os ODMs atuam no sistema sem questioná-lo, deixando as estruturas do direito internacional econômico intactas⁵⁰⁵.

Em 2015, estabeleceu-se uma nova agenda, até 2030, com base nas lições aprendidas com os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, entre 2000 e 2015. A agenda é fruto do trabalho conjunto de governos e cidadãos de todo o mundo para criar um novo modelo global de erradicação da pobreza, promover a prosperidade e o bem-estar de todos, proteger o ambiente e combater as alterações climáticas⁵⁰⁶. Busca-se que a noção de desenvolvimento tenha em vista o aumento dos padrões de vida, a melhoria da saúde e da educação, o desenvolvimento sustentável, que abrange a preservação dos recursos naturais e a manutenção de um ambiente saudável, o desenvolvimento equitativo, que garante que toda a sociedade possa gozar dos frutos do desenvolvimento, e o desenvolvimento democrático, em que os cidadãos participam das decisões⁵⁰⁷. Ou seja, uma noção ampla de desenvolvimento que demanda uma transformação no modo como as instituições internacionais “fazem o desenvolvimento”, ou como os atores privados fazem negócios⁵⁰⁸.

Trata-se da “ética do desenvolvimento”, que visa resgatar a relação perdida entre a ética e a economia e eliminar a cisão entre ambas, como tem prevalecido, e impactos regressivos que têm influenciado na definição de políticas, o que aumentou as lacunas que levaram à crise atual⁵⁰⁹. Essa é uma demanda urgente no quadro substantivo e institucional do direito internacional econômico, pois um de seus principais atores, os investidores estrangeiros, têm sido acusados de abusos de direitos humanos nos Estados receptores dos

⁵⁰³ ONU. **Declaração do Milênio das Nações Unidas**. Cimeira do Milênio, Nova Iorque, 06-08 set. 2000. Disponível em: <<http://www.unric.org/html/portuguese/uninfo/DecdoMil.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

⁵⁰⁴ KLABBERS, 2013, p. 283.

⁵⁰⁵ Ibidem, p. 283.

⁵⁰⁶ CENTRO REGIONAL DE INFORMAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. S/d. Disponível em: <<http://www.unric.org/pt/objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

⁵⁰⁷ STIGLITZ, 1998, p. 31.

⁵⁰⁸ RAJAGOPAL, 2003, p. 222; SEIDL-HOHENVELDERN, I. **International Economic Law**. 3. ed. Haia/Boston: Kluwer Law International, 1999.

⁵⁰⁹ SEM, A.; KLIKSBERG, B. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. Trad. Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 10.

investimentos. O cenário impõe o questionamento não apenas sobre como o desenvolvimento tem sido alcançado, mas também sobre as estruturas jurídicas inerentes⁵¹⁰.

3 O protagonismo das empresas multinacionais

O ator mais poderoso das relações econômicas internacionais é o setor privado⁵¹¹, traduzido na realidade das empresas multinacionais. A história aponta que, antes da Primeira Guerra Mundial, poucas organizações possuíam entidades de diversas nacionalidades na estrutura organizacional comum⁵¹². Porém, no período posterior à Segunda Guerra, talvez nenhum assunto na economia política internacional tenha gerado tanta controvérsia como a ascensão das multinacionais⁵¹³.

A partir de 1950, mais de 400 empresas tinham ativos de US\$ 1 milhão ou mais em investimento estrangeiro direto. Ao final da década, houve sinais mais profundos de mudança, com o desenvolvimento e a predominância das grandes empresas e o domínio dos setores mais importantes por um reduzido número destas, que passaram a defender-se da concorrência em processos de concentração de empresas através de diversas formas de integração e de conglomerados empresariais⁵¹⁴. Nos anos 1960, a tendência de internacionalização da produção caracterizou-se pela redefinição dos padrões da economia internacional, com o controle da produção no interior dos Estados por entidades controladas por atores externos⁵¹⁵. Com a consolidação de seu papel fundamental na economia internacional a partir da década de 1990, as multinacionais têm constituído um fenômeno complexo, com efeitos importantes sobre o desenvolvimento econômico, as mudanças sociais,

⁵¹⁰ Pois, ao que parece, o sistema econômico global oferece a difícil escolha de permanecer conforme as regras do jogo ou ser deixado para trás (KLABBERS, 2013, p. 284).

⁵¹¹ STEINER, H.; ALSTON, P. **International Human Rights in Context: law, politics, morals**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1313.

⁵¹² VERNOND, R. **Economic Sovereignty at Bay: The multinational spread of US enterprises**. Basic Books: New York, 1971. Disponível em: <<http://www.foreignaffairs.com/articles/24025/ramond-vernond/economic-sovereignty-at-bay>>. Acesso em: 23 mar. 2014.

⁵¹³ MURGI, R. Investimento estrangeiro direto e empresas multinacionais: definições e considerações sobre os principais aspectos. In: SEMINÁRIO DA PÓS-GRADUAÇÃO, 4., 2015, São Paulo. **Resumos...** São Paulo: Instituto de Relações Internacionais/USP, 2015. Disponível em: <<http://www.iri.usp.br/documentos/seminariopos/MURGIIEmpresasMultinacionais.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

⁵¹⁴ AVELÁS NUNES, 2009, p. 279.

⁵¹⁵ MURGI, 2015, p. 7. Desde então, passaram a ser entendidas como aquelas cuja direção e controle estão sujeitas a várias outras empresas filiais, que entre si cooperam na planificação de suas atividades e no intercâmbio comercial de informações e de serviços técnicos (AVELÁS NUNES, 2009, p. 282).

tecnológicas e o dinamismo e a implantação de novas ideias⁵¹⁶. Assim, afirmam-se como o símbolo⁵¹⁷ e como as grandes condutoras da globalização⁵¹⁸, com implicações econômicas, sociais e políticas⁵¹⁹.

A complexidade repercute nos contornos jurídicos do fenômeno, cujas dificuldades estão, desde logo, em sua denominação⁵²⁰. Os termos variam entre “companhias internacionais”, “companhias multinacionais”, “empresas supranacionais”, “companhias mundiais ou globais” e “empresas transnacionais”⁵²¹. No quadro da ONU, o termo “empresas multinacionais” foi originalmente utilizado como “empresas que detêm propriedade ou controle de produção ou serviços fora do país no qual estão sediadas”. Essa terminologia foi mudada para “empresa transnacional”, para enfatizar a operação transfronteiriça da empresa e para diferenciá-la das multinacionais cuja propriedade e controle são de entidades de diversos países⁵²². A distinção foi abandonada a partir de 2003, com o Projeto de Normas sobre as Responsabilidades das Empresas Transnacionais e Outras Empresas Privadas com relação aos Direitos Humanos, em que as empresas transnacionais foram definidas como “uma entidade econômica operante em mais de um país ou um conjunto de entidades econômicas operando em dois ou mais países, independentemente de sua forma jurídica, de seu país de origem ou de atividade ou de atuar individualmente ou coletivamente” (UN DRAFT NORMS, 2003).

Para a OCDE, o termo corresponde a “empresas multinacionais”, e, embora não estabeleça uma definição precisa, é possível extraí-la das Diretrizes para as empresas multinacionais, na descrição de que operam em todos os setores da economia e que geralmente compreendem empresas ou outras entidades estabelecidas em mais de um país e ligadas de modo que podem coordenar suas operações de várias maneiras⁵²³. Essa confusão terminológica é perpetuada na doutrina do direito internacional, e alguns atribuem sentido

⁵¹⁶ A Wal-Mart ilustra o fenômeno, basta observar o volume de informações que partem da sede da empresa, em Arkansas, com destino às fábricas e aos fornecedores na China. A receita bruta da empresa já chegou a atingir US\$ 250 bilhões em um ano, com a aquisição de produtos ao redor do mundo (BRACKEN, 2004, p. 2-5).

⁵¹⁷ GÖRG, H.; JABBOUR, L. Multinational Enterprises and Foreign Direct Investment: introduction. In: **The World Economy**, v. 32, n. 1, p. 1, jan. 2009.

⁵¹⁸ Alguns países em desenvolvimento afirmam que a única coisa pior que sofrer a exploração das multinacionais é não sofrê-la (BRACKEN, 2004, p. 3; SCHUTTER, 2005, p. 403).

⁵¹⁹ Mesmo o Estado mais fraco dispõe de poderes legislativos e de polícia, o que a multinacional não possui. Mas, se a empresa ameaçar propagar seu poder econômico contra um Estado mais fraco, este pode sentir-se compelido a não exercer seus poderes. Além do mais, a empresa pode usar parte de sua riqueza para obter influência no processo de decisão desse Estado. Do ponto de vista factual, do poder econômico e influência das multinacionais, afirma-se que elas possuem a soberania de mercado (SEIDL-HOHENVELDERN, 1999, p. 12).

⁵²⁰ VERNOND, 1971, p. 5.

⁵²¹ MAGALHÃES, 2008, p. 189.

⁵²² WOUTERS, J.; CHANÉ, A.-L. Multinational Corporations in International Law. **KU Leuven Working Paper**, n. 129, dez. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2371216>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

⁵²³ OECD. **OECD Guidelines for Multinational Enterprises**. OECD Publishing, 2011. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>>. Acesso em: 29 mar. 2014.

distinto aos termos “transnacional” e “multinacional”. Para Hadari (1971), a forma mais adequada traduz-se pela terminologia que se refere a “empresa multinacional” atuante no mundo globalizado; essa é a que tem maior adesão, porque reflete, de modo claro, a atividade econômica exercida por pessoas jurídicas de diversas nacionalidades, ligadas sob controle comum⁵²⁴. Na realidade da empresa multinacional, há um conjunto de empresas de diversas nacionalidades unidas por laços de propriedade comum e por uma estratégia de gestão comum⁵²⁵.

Um aspecto importante refere-se à complexidade de composição dessas empresas⁵²⁶, que poderão abranger empresas dos setores público, privado e cooperativo, englobar realidades jurídicas distintas, como uma sociedade com várias sucursais, uma sociedade-mãe com várias filiais, múltiplas sociedades ligadas entre si por contratos de agência, *master* franquia e franquia, sociedades com o controle efetivo de sociedades juridicamente independentes, entidades com relações especiais de poder de influência, sociedades com cruzamento de interesses em *empregados-chave* ou por via de diretórios cruzados, etc. Podem ainda ter origem uni ou plurinacional. Tal diversidade acarreta discussões do ponto de vista da segurança e da certeza jurídica na aplicação do conceito⁵²⁷.

Perlmutter (1969, p. 9 e ss.) afirma que não é apenas um critério que definirá se a empresa caracteriza-se como multinacional; é preciso observar “índices de multinacionalidade”, como a forma como os executivos dirigem as atividades do negócio ao redor do mundo, a orientação voltada aos estrangeiros, as ideias, os recursos, tanto na sede quanto no ambiente de acolhimento, que são cruciais na análise da multinacionalidade de uma empresa.

Para Magalhães (2008, p. 191), o que distingue esse tipo de empresa e a torna singular não são apenas as operações na área multinacional, mas, principalmente, a integração da rede de subsidiárias em um complexo que a transforma em uma unidade econômica, sujeita a um controle central, voltado para o mercado mundial. Essa organização para o mercado mundial é que a diferencia das empresas nacionais com investimentos no exterior de tipo “clássico”, que

⁵²⁴ Para Vernond (1971, p. 4), ilustra-se até que ponto os meios de comunicação permitem uma organização vincular recursos em diferentes economias para servir a objetivos organizacionais comuns.

⁵²⁵ VERNOND, 1971, p. 4. Para alguns, isso indicaria a existência de uma classe capitalista transnacional dominada por grandes corporações globalizantes. No entanto, as empresas atuam em um mundo composto de Estados e apenas com seu desaparecimento as corporações globais se tornariam possíveis (SKLAIR, 2003, p. 3-48). Há autores que afirmam que a existência do Estado é um obstáculo ao desenvolvimento da economia; para eles, o papel do Estado e dos governos tornou-se supérfluo ante ao livre movimento “dos quatro ‘is’ da economia”: investimento, indústria, informática e indivíduos (OHMAE, 1996, p. 17-21).

⁵²⁶ MACHADO, 2006, p. 284.

⁵²⁷ *Ibidem*, p. 284.

atuam por meio de subsidiárias em outros países para suprir o mercado nacional da matriz⁵²⁸. Outro tipo de investimento possível corresponde aos organizados em sociedades de participação (*holdings*) que controlam diversas outras subsidiárias operativas, todas obedecendo à mesma orientação provinda da matriz no exterior⁵²⁹. Nesse caso, o objetivo é explorar o mercado local, e não o da matriz⁵³⁰.

Na sequência da evolução dos grandes conglomerados está a multinacional que atua no mercado mundial, quer organizada sob a forma de sociedades de participação (*holdings*) controladoras de outras subsidiárias, quer como investimento direto em subsidiárias de propriedade da matriz. Essa forma de organização possui um controle central unificado que dirige e estabelece a estratégia de todas as subsidiárias, e o que conta são as prioridades do conglomerado em si, uma vez que o mercado a que atende é mundial, e sua produção é organizada internacionalmente⁵³¹. Daí existirem empresas etnocêntricas (orientadas para o país de origem), policêntricas (orientadas para o país receptor) e geocêntricas (orientadas para o mundo)⁵³². Embora a tendência indique um movimento das etnocêntricas para as policêntricas e destas para as geocêntricas, nas relações com as subsidiárias nos países em desenvolvimento, são marcantes as características do etnocentrismo⁵³³.

No geral, a doutrina tem afastado o critério da distinta nacionalidade dos controladores como base para definição de empresa multinacional e tem-se posicionado a favor de uma definição estrutural, destacando situações em que uma empresa, mesmo estabelecida no âmbito do direito interno do Estado receptor, não pode agir por sua própria iniciativa e julgamento, mas tem de obedecer às diretivas da empresa-mãe estrangeira, as quais podem ser contrárias aos interesses ou mesmo ao direito do Estado receptor⁵³⁴. A partir disso, a United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) define a empresa multinacional como termo amplo, a incluir as empresas que, por meio de filiais, subsidiárias ou afiliadas ou outros estabelecimentos que exercem atividades econômicas comerciais ou

⁵²⁸ Ibidem, p. 192. Waltrip (2008, p. 575 e ss.) destaca que as maiores empresas viajam pelos locais mais remotos e gastam para explorar e desenvolver novas fontes de recursos minerais e energéticos. Por conta da globalização econômica e da localização remota de muitas reservas, os investimentos necessitam de um método economicamente viável para realizar a extração.

⁵²⁹ MAGALHÃES, 2008, p. 192.

⁵³⁰ Ibidem, p. 193.

⁵³¹ Ibidem, p. 195.

⁵³² PERLMUTTER, H. V. The Tortuous Evolution of the Multinational Corporation. **Columbia Journal of World Business**, v. 4, n. 1, p. 11 e ss., jan./fev. 1969. Disponível em: <www.vcc.columbia.edu/files/vale/content/Howard_V_Perlmutter_The_tortuous_evolution_of_the_multinational_enterprise.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2014.

⁵³³ O potencial da multinacional de orientação geocêntrica é destacado pela possibilidade de oferecer um suporte supranacional que poderia reduzir as possibilidades de guerras e conflitos (PERLMUTTER, 1969, p. 11).

⁵³⁴ SEIDL-HOHENVELDERN, 1999, p. 13.

outras substanciais nos Estados (Estados receptores) que não são aqueles em que a tomada de decisão e controle estão centrados (Estado de origem)⁵³⁵.

As formas usadas para obter o controle são várias, desde as comuns, como a aquisição das ações de uma sociedade local, transformando-a em subsidiária, a constituição de pessoas jurídicas com investimento de capital, formando subsidiárias de propriedade total ou parcial da matriz, a realização de fusões e incorporações, a criação de sociedades de participação (*holdings*)⁵³⁶ e até mecanismos contratuais, como *joint ventures* reguladas por ajustes entre sociedades independentes, contratos de franquia e outras. Assim, o controle da atividade empresarial tem caráter extralegal, pois, formalmente, cada subsidiária está organizada segundo as leis do país em que opera, porém, entre a diretoria da matriz e a das subsidiárias há uma relação de coordenação⁵³⁷.

Essas empresas existem porque certas condições tornam possível realizar, de forma rentável, a produção de um bem ou serviço em um local externo⁵³⁸. Geralmente, são fruto de três circunstâncias interdependentes: (i) ativos que podem ser explorados de maneira rentável em uma escala ampla, como a propriedade intelectual; (ii) é mais rentável produzir usando esses ativos em vários países do que apenas no de origem; (iii) e as vantagens potenciais de uma internalização da exploração dos ativos são maiores do que as que decorrem da concessão de licenças a empresas estrangeiras pela exploração dos ativos⁵³⁹.

As condições econômicas são essenciais na expansão das multinacionais⁵⁴⁰ e indicam que as atividades voltadas ao investimento estrangeiro tendem a ocorrer com frequência entre empresas que competem em um oligopólio no país de origem⁵⁴¹. Assim, as empresas em indústrias concentradas, como petróleo, produtos químicos e automóveis, tendem a seguir as

⁵³⁵ Ibidem, p. 13.

⁵³⁶ MAGALHÃES, 2008, p. 197.

⁵³⁷ Ibidem, p. 197.

⁵³⁸ GUILLÉN, M. F. **Understanding and Managing the Multinational Firm**. S.l.: University of Pennsylvania, s.d. Disponível em: <<http://www-management.wharton.upenn.edu/guillen/files/mneconcept.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

⁵³⁹ OMC, 1997, p. 25.

⁵⁴⁰ Guillén (s.d., p. 2-3) ressalta a distinção entre a expansão vertical e a expansão horizontal de uma empresa. A primeira ocorre quando a empresa localiza ativos ou empregados em um país estrangeiro com a finalidade de garantir a produção de uma matéria-prima ou a distribuição e venda de um bem ou serviço. A condição é que exista uma vantagem na localização estrangeira. A segunda ocorre quando a empresa cria um mecanismo de entrega de bens ou serviços em um local externo com o objetivo de vender nesse mercado sem abandonar a produção no país de origem. A produção de um bem ou serviço em um mercado estrangeiro é desejável na presença de medidas protecionistas, altos custos de transporte, mudanças nas taxas de câmbio de moeda desfavoráveis, ou requisitos para a adaptação às peculiaridades da demanda local que fazem a exportação do país de origem inviável.

⁵⁴¹ Embora o que determina o investimento continue a ser uma questão em aberto na investigação sobre o crescimento econômico e a discrepância nas taxas do investimento privado pelo mundo seja ampla (GREENE; VILLANUEVA, 1991, p. 33 e ss.).

outras para o exterior, uma vez que um dos oligopolistas faz o primeiro movimento, por receio da perda de vantagem competitiva⁵⁴².

Muitas vezes, o processo de expansão é impulsionado pela dinâmica do ciclo de vida do produto, de modo que as empresas tendem a vir com ideias para novos produtos e serviços com base em estímulos dos mercados domésticos. Assim, buscarão mercados estrangeiros quando o mercado doméstico estiver saturado, com alvo nos mercados mais semelhantes⁵⁴³. Ainda sob o aspecto econômico, as multinacionais podem beneficiar-se de sua “multinacionalidade”, pois apenas as empresas com operações em vários países podem usar em sua rede de filiais a diferença de preços ou eventuais choques adversos. Assim, a expansão estrangeira é tida como um processo no qual a empresa adquire opções valiosas em condições de incerteza e volatilidade⁵⁴⁴. Afirma-se que as multinacionais são mais produtivas que as empresas domésticas e que o melhor desempenho é associado ao maior número de filiais em várias localidades, e, ainda, que a atividade internacional é associada a uma taxa mais alta de sobrevivência⁵⁴⁵.

Às estratégias expansionistas, no geral, apontam-se cinco críticas⁵⁴⁶: primeiro, que as multinacionais tornaram-se mais poderosas que muitos países; com base em dados como os que afirmam que as maiores economias são multinacionais e que uma empresa como a General Motors é maior que a Dinamarca, adverte-se pela necessidade de maior responsabilidade a estas empresas⁵⁴⁷. Sobre isso, Wolf (2004, p. 222-226) defende que as empresas não são comparáveis aos Estados, porque são mais fracas e precisam sobreviver nos mercados.

O segundo argumento refere-se ao fato de que as marcas oferecem controle sobre os consumidores, pois os seduzem de forma tirana. Para Wolf (2004, p. 227-230), o argumento é insubsistente, seja pela liberdade de escolha, seja porque as maiores empresas, como Exxon Mobil, General Motors, Ford, Daimler Chrysler e General Electric, trabalham ou com fabricação de veículos automotores ou são companhias de petróleo, para as quais a marca não constitui referência de *glamour* ou estilo de vida.

O terceiro argumento refere-se à acusação de que o investimento estrangeiro direto empobrece os países receptores, particularmente os mais pobres. Para Wolf (2004, p. 230-

⁵⁴² Exemplos de reação oligopolista do investimento estrangeiro: as “sete irmãs” na indústria do petróleo, os “três grandes” fabricantes de automóveis nos EUA, a Coca-Cola e Pepsi na indústria de cola, as três gigantes químicas alemãs (BASF, Bayer, Hoechst) e outros (GUILLÉN, s.d., p. 3).

⁵⁴³ Guillén (s.d., p. 4).

⁵⁴⁴ Ibidem, p. 4.

⁵⁴⁵ GÖRG; JABBOUR, 2009, p. 3.

⁵⁴⁶ WOLF, Martin. **Why Globalization Works**. New Haven/London: Yale University Press, 2004, p. 222-226.

⁵⁴⁷ Ibidem, p. 221.

242), a vida econômica está ligada a uma exploração mútua benéfica; as multinacionais exploram os trabalhadores em busca de lucro, como estes exploram as empresas quando trabalham na espera de pagamento, treinamento e oportunidade melhores que não lhes seriam disponíveis de outro modo.

O quarto argumento é de que essas empresas empobrecem os trabalhadores dos países receptores⁵⁴⁸. Wolf (2004, p. 242-244) defende que os interesses das empresas não são os mesmos que os dos países de que se originam, e, por seus objetivos cosmopolitas, o intuito é de que essas companhias identifiquem-se com os trabalhadores locais, regionais ou nacionais sem a necessidade de empregar estrangeiros, por isso promovem uma mudança econômica benéfica. Finalmente, Wolf (2004, p. 247) refuta o argumento da dominação política e subversão da democracia pelas multinacionais ao afirmar que, embora tenham influência, são os governos que impulsionam a liberalização e a privatização. Com isso, conclui que houve uma “satanização” das multinacionais.

Na prática, frequentemente surgem tensões por conta das estratégias expansionistas das multinacionais em relação aos Estados receptores. Vernond (1971, p. 6) destaca que, até agora, tais empresas têm se concentrado, no geral, em indústrias como petróleo e mineração, medicamentos e produtos químicos, máquinas, equipamentos de transporte, alimentos e tabaco, sendo que algumas dessas englobam atividades em que os Estados sentem uma vulnerabilidade especial, pois se relacionam a defesa nacional, recursos nacionais insubstituíveis ou liderança tecnológica. Outra tensão decorre do fato de que cerca de quatro a cada cinco empresas são chefiadas por países norte-americanos, e suas atividades geralmente são consideradas extensão da hegemonia norte-americana⁵⁴⁹.

A discussão tende a ser mais aquecida nos países em desenvolvimento⁵⁵⁰, porque costumam ser ricos em recursos naturais e mão de obra barata, o que as multinacionais, no geral, não possuem nos países de origem. Essa assimetria de recursos resulta em conflitos sobre como dividir o bolo entre os fornecedores de recursos naturais ou de trabalho, de um lado, e os proprietários de tecnologia e capital, de outro⁵⁵¹. Guillén (s.d.) ressalta que, durante a Guerra Fria, muitos países em desenvolvimento eram governados por regimes autoritários, e as ditaduras tendiam a reprimir o trabalho e a acalmar as demandas políticas e econômicas para satisfazer os interesses das empresas, facilitando o acesso aos investidores

⁵⁴⁸ Ibidem, p. 242-244.

⁵⁴⁹ VERNOND, 1971, p. 7.

⁵⁵⁰ GUILLÉN, s.d., p. 7.

⁵⁵¹ Ibidem, p. 7.

estrangeiros⁵⁵². Há indícios de que as multinacionais obtêm taxas de retorno mais elevadas nos países em desenvolvimento que foram governados por regimes autoritários, os quais, muitas vezes, foram acusados de aliarem-se às multinacionais para ganho mútuo⁵⁵³.

Há quem destaque os efeitos positivos da presença das multinacionais, entre os quais, os avanços tecnológicos nos países em que operam e o aumento das exportações em favor do país receptor do investimento⁵⁵⁴. Ainda, a geração de novos empregos, pois a instalação da empresa cria um grande volume de postos de trabalho, diretos ou indiretos, por meio da indústria doméstica, que complementa as atividades das empresas estrangeiras⁵⁵⁵. Por fim, o crescimento econômico que se dá pela combinação de capital, *know-how* e tecnologia⁵⁵⁶ trazida pelas multinacionais ao país receptor.

Entre os problemas e benefícios, dois aspectos destacam-se: em primeiro, o de que as multinacionais colocam um desafio à territorialidade do Estado, sendo que alguns afirmam que aquelas exercem “poderes deslocalizados”, que extrapolam a territorialidade porque sua regulamentação interna escapa tanto à ordem nacional quanto à internacional⁵⁵⁷. Em segundo, o expansionismo está relacionado à constatação de graves abusos de direitos humanos nos Estados receptores dos investimentos⁵⁵⁸, situação que passou a chamar a atenção pelas denúncias feitas por ONGs⁵⁵⁹. Na medida em que as atividades das multinacionais expandem-

⁵⁵² A pobreza desses países significa que seus recursos financeiros são escassos, principalmente comparados aos das multinacionais, o que conduz à percepção de maior necessidade de apoio estrangeiro. O investimento é visto como a chave do progresso, o que resulta em uma psicologia da dependência pelo governo que dá aos estrangeiros controle sobre o alto comando da economia. Muitas dão suporte à elite local e ajudam sua manutenção no poder em troca de assistência na exploração dos recursos locais e de trabalho. Os benefícios obtidos pela elite não são estendidos aos demais, que continuam a viver na pobreza (ROTHGEB JR., J. M., 1991, p. 9-37).

⁵⁵³ ONEAL, J. R. The affinity of foreign investors for authoritarian regimes. In: **Political Research Quarterly**, v. 47, n. 3, p. 565-588, set. 1994.

⁵⁵⁴ Como o México, em que a indústria automotiva baseada no investimento estrangeiro concentrou-se em uma política de fabricação com padrão de exportação e promoveu grande impacto na exportação (JENSEN, 2008, p. 28-33).

⁵⁵⁵ Como é necessário recorrer a vários fornecedores para satisfazer as necessidades produtivas da empresa, tende-se a uma reação em cadeia que implicará um efeito multiplicador de criação de empresas auxiliares. Trata-se da subcontratação, ou *outsourcing* (PINILLA, 2003, p. 244).

⁵⁵⁶ JENSEN, N. M. **Nation-states and the multinational corporation: a political economy of foreign direct investment**. Princeton/Oxfordshire: Princeton University Press, 2008, p. 28-33.

⁵⁵⁷ LINDAHL, H. **Fault lines of globalization: legal order and the politics of a-legality**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 56-57.

⁵⁵⁸ As atividades que violam padrões normativos afetam a sociedade internacional e não apenas o Estado receptor. Embora essa realidade seja identificada e repugnada com frequência em países desenvolvidos onde os pilares da responsabilidade das multinacionais encontram ressonância em movimentos como os consumeristas, ecologistas e outros, a tendência deverá estender-se aos países em desenvolvimento (ORCHIS, 2003, p. 63).

⁵⁵⁹ A discussão tornou-se evidente ao final dos anos 1960 pelos contributos de ONGs de direitos cívicos e ambientalistas (COUTINHO DE ABREU, 2007, p. 309). Um caso emblemático foi a denúncia de ativistas do Greenpeace quanto ao naufrágio de uma plataforma de petróleo da Shell que causou sérias consequências para o ambiente marinho. Por conta de um boicote às estações de abastecimento, a multinacional anunciou o abandono da operação da plataforma Brent Spar. Três anos depois, apresentou um documento reconhecendo os erros e

se — o que se torna possível, entre outros fatores, pelo tratamento dado pelo direito internacional econômico⁵⁶⁰ —, a comunidade internacional tem identificado a necessidade de aprimorar tal tratamento para impedir que a estrutura jurídica possa eximi-las de responsabilidades⁵⁶¹, permitindo-lhes explorar lacunas e falhas dos direitos nacional e internacional⁵⁶².

A internacionalização dos processos produtivos trazidos na realidade das multinacionais, com sua rede de produção e comercialização e com os canais de mobilização e de centralização dos meios de financiamento espalhados pelo mundo, estabelece, por si só, uma divisão internacional da produção⁵⁶³. Ao fracionar o processo produtivo e ao localizar em países diversos cada uma das fases deste, na medida exclusiva de seus interesses, estabelecem uma divisão entre os países⁵⁶⁴, que historicamente levou em conta a dependência dos países em desenvolvimento⁵⁶⁵.

Avelãs Nunes (2009, p. 258) ressalta que desde a colonização do século XVI, na sequência das viagens atlânticas de portugueses e espanhóis, que operaram a primeira onda de mundialização, já se verificaram consequências desastrosas para as populações das regiões colonizadas. Em meados do século XIX, na segunda onda de mundialização, ampliou-se o distanciamento entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, afirmando o autor que a desigualdade entre os países surgiu com o capitalismo. Com efeito, o capital internacional está nas mãos de um núcleo de países industrializados situados principalmente na Europa e na América do Norte, além do Japão, concentrando o poder dos investidores. Esses países possuem maior influência junto aos organismos financeiros e monetários internacionais, que intervêm a favor de seus interesses, provocando uma globalização assimétrica⁵⁶⁶. Esse cenário reflete uma ordem econômica mundial desigual, com consequências nocivas, como processos de exclusão social, concentração de renda, desemprego, degradação ambiental e outras⁵⁶⁷.

propondo um programa de avaliação das dimensões ambientais, sociais, éticas e econômicas das atividades (PERDIGUERO, 2003, p. 87).

⁵⁶⁰ MAGALHÃES, 2008, p. 104.

⁵⁶¹ GONZÁLEZ, M.-J. La Ética Económica de La Escuela de Salamanca. In: GONZÁLEZ, M. de la C.; DUPLÁ, L. R. (Coords.). **Responsabilidad Social Corporativa**. Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia Salamanca, 2004, p. 25.

⁵⁶² LAGET, P. **La liste noire des multinationales**. Paris: L'Harmattan, 2013, p. 9.

⁵⁶³ REZENDE, C. **História Econômica Geral**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 1995. p. 316.

⁵⁶⁴ AVELÃS NUNES, 2009, p. 283.

⁵⁶⁵ Ibidem, p. 258.

⁵⁶⁶ FEITOSA, 2005, p. 72.

⁵⁶⁷ Ibidem, p. 72.

Além disso, as multinacionais operam de modo distinto quando instaladas nos países de origem ou em outros países desenvolvidos, ao passo que as mesmas empresas, quando situadas em países em desenvolvimento, encontram ambiente favorável para políticas de cunho exploratório⁵⁶⁸. Fica evidente a exploração das diferenças nacionais em seu próprio benefício, retratada na afirmação de que “em todo o mundo encontram-se *Big Macs*, porém o preço varia de acordo com as condições locais”⁵⁶⁹.

Não havendo autoridade supranacional com poder para disciplinar os mercados, eles assumem uma posição dominante — que ameaça a soberania dos Estados — e, diante de governos politicamente enfraquecidos, sobrepõem-se aos interesses nacionais⁵⁷⁰. A concentração de capital permite-lhes exercer pressão sobre os governos dos países em desenvolvimento, com a ameaça de transferência das filiais para locais com condições mais favoráveis. Por isso, alguns afirmam que os mercados apresentam ingerência em relação às políticas públicas, o que conduz à afirmação de que as multinacionais têm se convertido, em certo sentido, em *semi Estados*⁵⁷¹, por sua capacidade de invadir as esferas reservadas ao poder político e aos Estados⁵⁷².

Além das consequências dos processos globalizadores e da acentuação das diferenças pela internacionalização do capital e dos processos produtivos, a debilidade das legislações e das regulamentações governamentais impõe exigências brandas de direitos humanos, trabalhistas, ambientais e tributários para atrair o investimento estrangeiro, propiciando o ambiente adequado a vários danos sociais. A postura dos Estados que renunciam a um papel ativo na regulamentação e no controle frente aos abusos das multinacionais converte-os em agentes passivos nos moldes do neoliberalismo⁵⁷³.

Autores como Chang (2004) afirmam que uma política mais intervencionista dos Estados poderia conduzir a melhores resultados conforme as metas nacionais de desenvolvimento. Contudo, os Estados costumam assumir a posição de que não são viáveis

⁵⁶⁸ COSTA E SILVA, T. R. **Fundamentos Jurídicos para a Regulação Legal da Responsabilidade Social da Empresa**. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009, p. 28.

⁵⁶⁹ BOYER, R.; DRACHE, D. **Estados Contra Mercados: os limites da globalização**. Trad. Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 14.

⁵⁷⁰ Ibidem, p. 19-20.

⁵⁷¹ BECK, U. **El poder de la impotencia** apud PERDIGUERO, T. G. **La responsabilidad social de las empresas en un mundo global**. Barcelona: Editorial Anagrama, 2003, p. 85.

⁵⁷² As empresas ganharam maior dimensão e algumas há que são gigantes econômicos com poder superior ao de muitos Estados (CALDAS, 2008, p. 6).

⁵⁷³ O Estado é reduzido em suas atividades, fica, pois, no “banco de reservas”, sendo convocado a participar do jogo do mercado sempre que houver necessidade da redução/exclusão de ruídos internos em que a força, desde antes legitimada pelo Estado, possa se justificar (DA ROSA, 2008, p. 228).

políticas desta natureza, para manter um ambiente melhor aos investidores⁵⁷⁴. A omissão dos Estados indica a opção pela manutenção de condições favoráveis à exploração em detrimento da proteção dos direitos humanos⁵⁷⁵. Por isso, a globalização não é um fenômeno ditado apenas pelo desenvolvimento tecnológico e pelas forças de mercado. Para Clark (2001, p. 9-10), trata-se de um fenômeno encorajado ou contestado pelos Estados, ainda que indiretamente. No caso dos países em desenvolvimento, sua passividade atrai os investidores estrangeiros, mas permite que padrões de desenvolvimento humano sejam levados a níveis mínimos. Apesar disso, os prejuízos da atuação das multinacionais somente se tornaram conhecidos com as denúncias, em meados da década de 1990, sobre os abusos cometidos por algumas das empresas mais importantes do mundo⁵⁷⁶.

Essa situação evidenciou a estratégia de algumas empresas⁵⁷⁷ para escamotear a exploração do trabalho alheio, em especial quando usam a subcontratação, ao vincular suas marcas a atividades de interesse social, enquanto mantêm uma política repressiva sobre as reivindicações de direitos por seus trabalhadores, principalmente com a adoção de formas de contratação que por si constituem elementos de precarização de direitos⁵⁷⁸. Pela natureza das multinacionais, o monitoramento dos abusos coloca dificuldades, porque os padrões de direitos humanos e mecanismos de aplicação podem ser diferentes em cada país, e as empresas são estruturadas para servirem-se dessas diferenças⁵⁷⁹.

Daí o entendimento de que a grande influência que as multinacionais detêm deve corresponder à responsabilidade no respeito aos direitos humanos, o que deverá compreender um compromisso que vá além de palavras ou declarações de intenção⁵⁸⁰. A essas empresas será necessário um enfoque que apresente uma visão muito mais complexa do que a

⁵⁷⁴ Países como Angola, Serra Leoa e República Democrática do Congo têm sido criticados por sua inércia diante das atrocidades na exploração da indústria de diamantes (VETTER, 2007, p. 733 e ss.).

⁵⁷⁵ CHANG H.-J. **Globalisation, economic development and the role of the state**. London/New York: Zed Books, 2004, p. 261-262.

⁵⁷⁶ Nos países mais desenvolvidos, houve um movimento de consumidores e grupos de direitos civis que denunciaram empresas como Gap, Nike, Adidas e Rebook, que não adotavam medidas diante de abusos de direitos humanos por seus contratados na Ásia e na América do Sul (PERDIGUERO, 2003, p. 87).

⁵⁷⁷ Embora a questão tenha se tornado mais debatida, a origem da relação entre as multinacionais e os abusos de direitos humanos reporta-se ao período colonial, em que empresas dos países colonizadores foram criticadas por ampliar seu poder e riqueza pela exploração sistemática dos recursos em países colonizados (RATNER, 2001, p. 443-452).

⁵⁷⁸ SOUTO MAIOR, J. L. **Curso de Direito do Trabalho**, v. II. São Paulo: LTR, 2008, p. 47.

⁵⁷⁹ GOTZMANN, N. Legal Personality of the Corporation and International Criminal Law: Globalisation, Corporate Human Rights Abuses and the Rome Statute. In: **Queensland Law Student Review**, v. 1, n. 1, p. 38-54, 2008.

⁵⁸⁰ ROMÁN, Y. Los Derechos Humanos y las Empresas Más Allá de las Palabras. In: GONZÁLEZ, M. de la C.; DUPLÁ, L. R. (Coords.). **Responsabilidad Social Corporativa**. Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia Salamanca, 2004, p. 54.

estabelecida na teoria econômica neoclássica e que assinale aos diretores a obrigação de gerir em função das necessidades e dos interesses de todos os grupos e indivíduos afetados por suas atividades⁵⁸¹.

Não se trata de sugerir que assumam as funções dos Estados, pois, apesar de seu enfraquecimento anunciado⁵⁸², a estes compete um papel fundamental e a ideia de que os mercados globais corroerão a totalidade de sua legitimidade não procede⁵⁸³, porque o mercado só é viável diante de uma ordem social e política⁵⁸⁴. Porém, para um desenvolvimento global sustentável é preciso reconhecer que a atuação das multinacionais é determinante, o que torna necessária a adoção de padrões regulatórios sobre essas empresas, pautados em um comportamento ético com o entorno, especialmente em países que têm inúmeras carências e falhas de governo⁵⁸⁵.

3.1 As dificuldades pela ausência de personalidade jurídica internacional

Embora se reconheça que os Estados não são mais sujeitos exclusivos do direito internacional, não há na doutrina definição sobre o conceito de personalidade jurídica internacional⁵⁸⁶. Com as divergências, destacam-se três concepções⁵⁸⁷: a primeira, na qual a personalidade internacional é definida por um conjunto de atributos baseado em uma analogia com o Estado⁵⁸⁸; assim, a entidade é sujeito de direito internacional se três condições

⁵⁸¹ PERDIGUERO, 2003, p. 159. Para o Conselho Econômico e Social, as empresas que operam em nível multinacional têm um papel importante no desenvolvimento dos países menos desenvolvidos. Podem influenciar fortemente os níveis de qualidade dos processos produtivos nas regiões onde operam (CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL, s.d., p. 12).

⁵⁸² ARNAUD, 1999, p.17.

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 24. Loureiro (2010, p. 25) assevera que as transformações do Estado não equivalem ao seu fim, mas a mutações profundas que se percebem se olharmos para os desafios internos e externos.

⁵⁸⁴ BOYER; DRACHE, 2006, p. 20.

⁵⁸⁵ A Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social da OIT (OIT, 2002, p. 1) afirma que as multinacionais desempenham papel muito importante nas economias da maior parte dos países e nas relações econômicas internacionais. Essas empresas, mediante investimentos internacionais diretos e por outros meios, podem carregar vantagens substanciais tanto para os países-sede como para os países que as acolhem, contribuindo para uma utilização mais eficiente do capital, da tecnologia e do trabalho.

⁵⁸⁶ Isso se dá porque a questão está ligada à concepção que se tenha sobre o direito internacional e porque isso sempre envolverá um teste de julgamento e a percepção do contexto da atual natureza e exigência da comunidade internacional (CHETAIL, 2014, p. 107).

⁵⁸⁷ CHETAIL, V. The Legal Personality of Multinational Corporations, State Responsibility and Due Diligence: The Way Forward. In: ALLAND, D.; CHETAIL, V.; FROUVILLE, O. de; VIÑUALES, J. E. (Eds.). **Unity and Diversity of International Law**. Essays in Honour of Prof. Pierre-Marie Dupuy. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014. p. 107. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2364450>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

⁵⁸⁸ Antes da doutrina positivista no século XIX não havia relutância de que os Estados fossem os únicos sujeitos do direito internacional. As grandes empresas do século XVII, como a Companhia Holandesa das Índias Ocidentais, operavam no âmbito intencional, podendo ocupar terras e firmar tratados. Porém, no século XIX, os

verificarem-se cumulativamente: (i) as capacidades de firmar tratados internacionais, (ii) de estabelecer relações diplomáticas e (iii) de apresentar reclamações internacionais⁵⁸⁹. A segunda recai sobre apenas um critério: a capacidade de investir em direitos e obrigações pelo direito internacional⁵⁹⁰. Entre as duas concepções, uma intermediária foi afirmada pelo TIJ, segundo a qual uma entidade é considerada sujeito de direito internacional se duas condições cumulativas verificarem-se: (i) a capacidade de ter direitos e deveres e a (ii) de apresentar reclamações internacionais⁵⁹¹.

Entre as causas do enfraquecimento da dicotomia entre sujeitos e objetos do direito internacional, está o reconhecimento pelo TIJ de que as organizações internacionais também podem ter personalidade jurídica internacional⁵⁹², como no caso sobre reparação de danos sofridos a serviço da ONU⁵⁹³. Outros fatores decorrem do reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional, dos tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e para o conflito em Ruanda, bem como do Tribunal Penal Internacional (TPI). Com a atenção aos direitos humanos, os direitos dos indivíduos aumentaram e mesmo a grupos rebeldes e insurgentes, no direito internacional humanitário, foram atribuídos direitos e obrigações. Assim, desenvolvimentos práticos levaram à expansão dos sujeitos de direito internacional⁵⁹⁴.

A compreensão de que o direito internacional é formado pelas necessidades da comunidade internacional e que esta é composta por diferentes participantes tem servido para assentar as posições que buscam o reconhecimento da personalidade jurídica internacional às empresas multinacionais⁵⁹⁵. O entendimento é de que os indivíduos e as empresas não são simples objetos⁵⁹⁶; esses novos sujeitos não se limitam a esperar que seus países de origem exerçam os direitos relativos à proteção diplomática, em alguns casos, reclamam diretamente seus direitos em âmbito internacional⁵⁹⁷.

positivistas passaram a defender que apenas Estados poderiam ser sujeitos de direito internacional. As outras entidades foram designadas objetos do direito internacional (JÄGERS, 2002, p. 20).

⁵⁸⁹ CHETAIL, 2014, p. 108.

⁵⁹⁰ Ibidem, p. 109.

⁵⁹¹ Ibidem, p. 109-110.

⁵⁹² FERNÁNDEZ, F. V. **La Responsabilidad Internacional de Naciones Unidas**: fundamento y principales problemas de su puesta en práctica. Madrid: Dykinson/Instituto de Derecho Humanos Bartolomé de las Casas/Universidad Carlos III, 2002.

⁵⁹³ JÄGERS, N. **Corporate Human Rights Obligation: in search of accountability**. Antwerpen: Intersentia, 2002, p. 21.

⁵⁹⁴ Ibidem, p. 22.

⁵⁹⁵ Ibidem, p. 23.

⁵⁹⁶ AGO S.-I. Corporate social responsibility and its implications for public international Law. In: KOMORI, T. e WELLENS, K. (Eds.). **Public interest rules of international law: towards effective implementation**. Farnham; Burlington: Ashgate, 2009, p. 412.

⁵⁹⁷ Ibidem, p. 412.

No caso das multinacionais, as dificuldades de seu reconhecimento como sujeito de direito internacional decorrem da ausência de uma disciplina que as regule como tal⁵⁹⁸. Não há uma pessoa jurídica multinacional, mas um complexo de pessoas jurídicas de várias nacionalidades que atuam coordenadamente, formando, com sua atuação, uma empresa⁵⁹⁹. O crescimento dessas empresas é possível porque os sistemas legais da maioria dos países permitem que uma possua ações em outra, como um acionista individual⁶⁰⁰. Entretanto, os sistemas jurídicos não têm em conta a realidade da acumulação de poder representada por essa sistemática de participações⁶⁰¹.

Tais dificuldades colocam um grande desafio, uma vez que, de acordo com o Índice de Transnacionalidade da UNCTAD, as cem maiores multinacionais têm, em média, mais de 500 subsidiárias cada, em mais de 50 países, o que demonstra que quanto maior é a multinacional, maior é a complexidade de suas estruturas de propriedade internas⁶⁰². A situação permite às empresas controladoras escaparem das responsabilidades dos atos praticados por suas subsidiárias, e, na remota hipótese de o país de origem da controladora desconsiderar a personalidade jurídica da empresa-mãe, surgem críticas pela imposição de responsabilidade extraterritorial⁶⁰³. No contexto da globalização, o problema da estrutura das multinacionais é maior, porque elas podem sequer serem acionistas nas empresas que usam para o fornecimento dos insumos; muitas estão ligadas apenas por contratos de fornecimento⁶⁰⁴. Assim, a personalidade jurídica tornou-se um meio para afastar suas responsabilidades⁶⁰⁵.

Isso tem acentuado as discussões sobre a atribuição de personalidade jurídica internacional às multinacionais, concepção que já havia sido objeto de debate durante os anos 1960, no contexto das nacionalizações e da soberania permanente sobre os recursos naturais dos Estados independentes⁶⁰⁶. Ainda em 1970, no caso *Barcelona Traction*, o TIJ advertiu que a personalidade jurídica dessas empresas referia-se a um desenvolvimento acarretado pela expansão e pelas novas exigências no campo econômico, eis que, pelas circunstâncias particulares de operação, sua atuação excede à capacidade normal dos indivíduos e, como tal,

⁵⁹⁸ Distingue-se das companhias internacionais que possuem personalidade jurídica internacional e que têm a presença dos Estados na respectiva formação (MAGALHÃES, 2008, p. 195).

⁵⁹⁹ DINE, J. **Companies, International Trade and Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 48.

⁶⁰⁰ *Ibidem*, p. 48.

⁶⁰¹ *Ibidem*, p. 48.

⁶⁰² UNCTAD, 2016, p. XIII.

⁶⁰³ *Ibidem*, p. 49.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 50-51.

⁶⁰⁵ *Ibidem*, p. 53.

⁶⁰⁶ CHETAIL, 2014, p. 110.

tornou-se um poderoso fator na vida econômica dos países. Na ocasião, reconheceu a corte que essas entidades têm direitos e obrigações peculiares⁶⁰⁷. Desde então, passaram-se mais de 40 anos, e objetivos, formas e complexidades das multinacionais só aumentaram, assim como a exigência de maior eficiência em sua regulação⁶⁰⁸. A questão ressurgiu influenciada pela discussão sobre a responsabilidade quanto aos direitos humanos⁶⁰⁹ e diante dos dados reais relativos às dimensões geográfica, política e econômica das multinacionais e pelo caráter planetário de suas atividades, atreladas aos poderes que possuem⁶¹⁰.

As dificuldades verificam-se porque as legislações nacionais são incapazes de exercer controle sobre os atos danosos dessas entidades, que fragmentam suas atividades em nível mundial, operando em estruturas de rede descentralizadas⁶¹¹. Além disso, as legislações nacionais possuem critérios distintos para definir o estatuto da pessoa jurídica multinacional, como o da nacionalidade, o da teoria da constituição, o do lugar da sede estatutária, o do lugar do centro de exploração e o do lugar da sede da administração⁶¹². Tais critérios ficam limitados à realidade das multinacionais e não são alternativas globais para a solução do conjunto de problemas atuais⁶¹³.

⁶⁰⁷ YOUNG, N. G. *International Economic Law, International Corporations, and the Business Judgment Rule*. In: *Soochow Law Journal*, Taipei, v. II, n. 2, p. 13 e ss., 2005.

⁶⁰⁸ *Ibidem*, p. 18.

⁶⁰⁹ CHETAIL, 2014, p. 110.

⁶¹⁰ MACHADO, 2006, p. 285.

⁶¹¹ WOUTERS; CHANÉ, 2013, p. 1.

⁶¹² PINHEIRO, L. de L. *Direito Internacional Privado*, v. II. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 114. A evolução centrou o debate entre o critério da teoria da constituição e o da teoria da sede. Pela primeira, a pessoa jurídica é regida pela ordem jurídica em que se constituiu. Trata-se de concepção dominante na maior parte dos sistemas, sendo decisivo o lugar em que são praticados os atos que desencadeiam a atribuição da personalidade coletiva. As críticas indicam que essa teoria favoreceria a constituição das empresas em países que são “paraísos” do ponto de vista da permissividade do Direito aplicável e (ou) fiscal, sem que a pessoa jurídica tenha qualquer ligação efetiva a sua esfera socioeconômica, e ainda que acarretaria dificuldades do ponto de vista da tutela dos interesses de terceiros e do comércio em geral. De outro lado, pela teoria da sede, as normas incidentes sobre a pessoa jurídica são as do Estado no qual se encontra situada a sede da administração. Essa teoria também não ficou imune às críticas, pois a determinação da sede poderá suscitar dificuldades quando os órgãos da pessoa jurídica funcionam em diferentes países, tendo-se afirmado que a lei competente será a do país onde está o centro de decisão superior e final. Pinheiro (2009, p. 115-123) destaca algumas particularidades ligadas às multinacionais e que permitem concluir que mesmo o entendimento do local da sede da administração como o da lei aplicável não é suficiente para resolver os problemas suscitados pelos grupos de sociedades. Nesse sentido, destaca que em certos grupos há filiais que não têm uma administração local, que são diretamente administradas do estrangeiro. Por vezes, as multinacionais dispõem de centros organizados de atividade, distribuídos por vários países, que não constituem pessoas coletivas separadas. Esses centros locais de atividade dispõem de órgãos de administração local, mas não têm uma lei própria; nesses casos, continua a ser relevante a lei do país onde funciona a administração principal. A determinação da sede da administração também encontra dificuldades nos casos em que as decisões são tomadas por administradores em diversos países por intermédio dos meios de comunicação modernos.

⁶¹³ *Ibidem*, p. 119.

Com a insuficiência das legislações nacionais para regular as multinacionais, o foco voltou-se ao direito internacional⁶¹⁴, e adveio a necessidade de uniformizar o estatuto da pessoa jurídica. Nesse aspecto, surgiram divergências teóricas quanto à capacidade de as multinacionais possuírem direitos e obrigações e apresentarem reclamações internacionais. De um lado, a corrente majoritária entende que essas empresas não detêm personalidade jurídica internacional e, ainda que se beneficiem de disposições do direito internacional, isso não corresponde a direitos. Por outro lado, a corrente minoritária, dos que reconhecem as multinacionais como sujeitos de direito internacional, afirma que a abordagem deve corresponder a sua intensa participação internacional⁶¹⁵.

Uma parte da doutrina nega personalidade jurídica internacional às multinacionais com dois argumentos: de uma perspectiva política e sistêmica, (i) compreendendo que atribuir personalidade jurídica internacional às multinacionais reduziria o poder dos Estados e sua posição dominante no direito internacional e, de uma perspectiva mais técnica, (ii) em que a negação dessa personalidade jurídica internacional é baseada na concepção que parte da analogia ao Estado, enfatizando a falta de poder das multinacionais no processo de elaboração do direito internacional⁶¹⁶.

Tais argumentos têm sido entendidos como insuficientes, porque divergem da posição do TIJ, no qual se rejeitou qualquer tipo de analogia com o Estado para efeitos de atribuição de personalidade jurídica internacional. A definição parte da capacidade de ter direitos e obrigações no direito internacional e de apresentar reclamações internacionais⁶¹⁷. Por outro lado, parte da doutrina considera que as multinacionais adquiriram personalidade limitada, derivada do direito internacional⁶¹⁸, pois, em algumas circunstâncias, a capacidade de ter direitos e obrigações e de apresentar reclamações internacionais é conferida pelo direito internacional em contratos internacionalizados, em tratados e no direito consuetudinário. Entendem que se trata de uma personalidade funcional, atribuída às empresas, nos limites e propósitos exigidos pelo direito internacional⁶¹⁹.

Contudo, as multinacionais desfrutam de direitos no direito internacional, principalmente no direito internacional dos direitos humanos e no do investimento

⁶¹⁴ WOUTERS; CHANÉ, 2013, p. 1.

⁶¹⁵ Ibidem, p. 3-4.

⁶¹⁶ CHETAİL, 2014, p. 111.

⁶¹⁷ Ibidem, p. 112.

⁶¹⁸ Ibidem, p. 113.

⁶¹⁹ Ibidem, p. 113.

estrangeiro⁶²⁰. No âmbito dos direitos humanos, Machado (2006), com base em casos como *Editions Périscope v. France* e *Observer v. United Kingdom*, destaca que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem reconhecido direitos fundamentais internacionais às pessoas coletivas (como a liberdade de imprensa, de radiodifusão, direito de acesso à justiça, direito a um processo equitativo)⁶²¹. Os direitos têm sido garantidos com base no artigo 34 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), com enquadramento no âmbito das ONGs, por meio do que as empresas têm invocado direitos processuais, direito à liberdade de expressão e ao uso pacífico dos bens de sua propriedade⁶²². Fora do TEDH, a proteção é mais fraca⁶²³. A DIADH dispõe de proteção apenas para a pessoa humana, e as empresas somente podem apresentar pedidos em favor das vítimas⁶²⁴. A Comissão de Direitos Humanos da ONU, encarregada de supervisionar a implantação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), tem reconhecido que, não obstante a falta de expressão explícita, pessoas jurídicas podem ter certos direitos decorrentes do pacto, como liberdade de manifestar religião ou crença e liberdade de associação. Todavia, apenas os indivíduos podem apresentar reclamações ao Comitê de Direitos Humanos⁶²⁵.

No direito internacional do investimento estrangeiro, há um tratamento mais robusto quanto aos direitos conferidos às multinacionais. O direito internacional consuetudinário, as normas de tratados bilaterais e multilaterais, assim como os acordos firmados entre as empresas multinacionais e os Estados receptores de investimento, estabelecem normas protetivas ao investimento estrangeiro, conforme será observado⁶²⁶.

Por outro lado, quanto às obrigações das empresas multinacionais, desde 1970, um conjunto de iniciativas voltado a preencher as lacunas existentes tem procurado conter o poder dessas empresas⁶²⁷. Não obstante, a posição que prevalece é a de que elas não têm obrigações diretas no direito internacional, embora exista um corpo de normas *soft law* regulando suas

⁶²⁰ WOUTERS; CHANÉ, 2013, p. 3-4.

⁶²¹ O que indica que a tendência será o alargamento da personalidade jurídica das transnacionais, de modo que sejam consideradas destinatárias de obrigações no plano internacional e com vinculação direta pelos direitos humanos (MACHADO, 2006, p. 290-291).

⁶²² WINFRIED van den M.; REZAI, Sam. Corporations and the European Convention on Human Rights. In: **Global Business & Development Law Journal**, v. 25, p. 43-68, 2012. Disponível em: <http://www.mcgeorge.edu/Documents/Conferences/GlobeJune2012_Corporationsandthe.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2014. Casos como *Sovtransavto Holding v. Ucrânia*, *Silvester's Horeca Service v. Bélgica* e *Domobo Beheer B. V. v. Holanda e Unión Alimentaria Sanders SA v. Espanha* asseguraram às empresas respectivamente o direito a uma audiência pública e justa por um tribunal independente e imparcial, acesso ao tribunal, igualdade nos meios de defesa e razoável duração do processo (WOUTERS; CHANÉ, 2013, p. 5).

⁶²³ *Ibidem*, p. 7.

⁶²⁴ *Ibidem*, p. 7.

⁶²⁵ *Ibidem*, p. 7.

⁶²⁶ *Ibidem*, p. 7.

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 9.

condutas⁶²⁸. Entre as várias orientações, códigos de conduta e princípios estabelecidos por organizações internacionais, tendentes a incluir referências às responsabilidades dessas empresas sobre direitos humanos, o que se produziu até hoje foram normas de observância voluntária⁶²⁹. Essa situação tem sido objeto de críticas⁶³⁰, porém, o plano em que operam as disposições limita-se ao da responsabilidade social⁶³¹.

Apesar disso, merecem ser considerados os avanços no direito internacional ambiental e da responsabilidade criminal internacional. No direito internacional ambiental, há uma tendência à noção de responsabilidade coletiva global, e, como consequência, a pretensão de impor obrigações aos indivíduos, às empresas, ao Estado e à comunidade global⁶³². Neste século, as multinacionais tornar-se-ão os principais focos das políticas ambientais, e o direito ambiental terá de levar em consideração a grande escala e a diversidade dessas empresas, por meio de uma abordagem holística, em que outras áreas do direito internacional, como o investimento estrangeiro, possam influenciar o comportamento das daquelas⁶³³.

Portanto, como o desenvolvimento do direito ambiental está ligado ao desenvolvimento econômico da sociedade, é imperioso reconhecer que, com o progresso da industrialização, os poluidores primários passaram a ser as empresas, e, na medida em que o volume das atividades econômicas cresce, aumenta a propensão de danos, resultando na necessidade de regular diretamente sua conduta⁶³⁴. Não obstante, as disposições nos acordos ambientais multilaterais ainda são destinadas aos Estados e têm, no máximo, implicações regulatórias indiretas para as multinacionais⁶³⁵. A ausência de responsabilidade direta torna-se

⁶²⁸ Ibidem, p. 9.

⁶²⁹ HARRISON, J. Human rights and transnational corporations: establishing meaningful international obligations. In: FAUNDEZ, J.; TAN, C. (Eds.). **International economic law, globalization and developing countries**. Cheltenham: Edward Elgar, 2010. Esses mecanismos serão tratados adiante.

⁶³⁰ WOUTERS; CHANÉ, 2013, p. 10.

⁶³¹ MUCHLINSKI, P. Holistic Approaches to development and international investment law: the role of international investment agreements. In: FAUNDEZ, J.; TAN, C. (Eds.). **International economic law, globalization and developing countries**. Cheltenham: Edward Elgar, 2010, p. 180.

⁶³² EWING-CHOW, M.; SOH, D. Pain, Gain, or Shame: the Evolutions of Environmental Law and the Role of Multinational Corporations. In: **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, issue 1, p. 195-222, 2009.

⁶³³ Restrições comerciais já foram utilizadas para a proteção ambiental em casos envolvendo o comércio internacional de atum através de restrições de importação impostas pelos EUA em razão dos efeitos na população de golfinhos decorrentes de certos métodos de pesca do atum (*The Tuna Case*). Outro caso, relacionado à importação de camarões (*The Shrimp Case*), os EUA exigiram que os Estados importadores comprovassem que suas práticas eram compatíveis com os padrões norte-americanos. Apesar das discussões quanto à configuração de medidas protecionistas, poderiam ser utilizadas como parte de uma abordagem holística que encoraje um comportamento ambiental positivo pelas multinacionais. Ibidem, p. 195 e ss.

⁶³⁴ Ibidem, p. 195 e ss.

⁶³⁵ Mesmo instrumentos como a Convenção Internacional sobre a Responsabilidade Civil pelos Prejuízos Decorrentes da Poluição de Petróleo e a Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares, que estabelecem responsabilidades aos atores privados que têm potencial de causar danos ambientais

mais grave nos casos em que, concomitantemente aos danos ambientais, ocorrem violações aos direitos humanos⁶³⁶. No geral, as piores vítimas tendem a ser os que possuem menor influência política, membros de minorias raciais e étnicas, pobres ou geograficamente isolados⁶³⁷.

No âmbito da responsabilidade criminal internacional, as discussões remontam ao pós-Segunda Guerra, quando casos envolvendo a responsabilidade criminal de empresas vieram à tona⁶³⁸. O primeiro foi o caso Krupp, envolvendo o julgamento de Alfred Krupp e outros nove funcionários do grupo industrial Krupp AG, em que todos foram condenados por acusações relacionadas à exploração de trabalho escravo durante a guerra. O julgamento considerou que a empresa tinha desempenhado um papel fundamental na política alemã⁶³⁹. Outro caso, o IG Farben, envolveu 24 conselheiros e diretores da empresa, cuja acusação residia no uso de trabalho escravo e na concepção e produção do gás venenoso usado em campos de concentração do regime alemão. Em ambas as decisões, embora as empresas não tenham sido declaradas organizações criminosas, o raciocínio nos julgamentos marcou o reconhecimento do potencial criminal da pessoa jurídica⁶⁴⁰.

Tais discussões ressurgiram na Conferência de Roma para a criação de um Tribunal Penal Internacional, quando a hipótese foi afastada em função da doutrina que defende a inexistência de responsabilidade criminal das pessoas coletivas ser prevalente em muitos ordenamentos internos dos Estados, associado a seu caráter doutrinariamente controverso nos Estados em que é reconhecida⁶⁴¹. Por sua relevância, o tema voltou a ser objeto de discussão

graves, como derramamentos de óleo ou vazamentos nucleares, dependem de implantação pelos Estados (WOUTERS; CHANÉ, 2013, p. 18).

⁶³⁶ O caso das multinacionais da indústria do petróleo na Nigéria fornece um exemplo da destruição ambiental grave e dos efeitos desta destruição para a população local. Geralmente, uma destruição nesses níveis deixa a população com duas opções: deixar o ambiente degradado em busca de um local habitável e tornarem-se refugiados ambientais ou permanecer no ambiente degradado e arriscarem-se pela exposição à poluição (SHINSATO, 2005).

⁶³⁷ Entre os casos mais graves está o desastre ocorrido no Brasil em 5 de novembro de 2015, no Município de Mariana, Estado de Minas Gerais, com o rompimento da barragem da BHP Billiton/VALE/SAMARCO, que liberou rejeitos de mineração, provocando a maior catástrofe social e ambiental já enfrentada no país. O desastre afetou o ambiente e as pessoas de diversas maneiras, comprometendo a saúde, a vida, as propriedades, causando a contaminação da terra e do Rio Doce, entre outros danos. Carta Aberta à Comunidade Internacional e ao Parlamento Australiano, disponível em: http://scott-ludlam.greensmps.org.au/sites/default/files/open_letter_-_mariana_brazil_-_samarco_vale_bhp.pdf. Acesso em 15 fev. 2016.

⁶³⁸ GOTZMANN, 2008, p. 49-50.

⁶³⁹ Ibidem, p. 49-50.

⁶⁴⁰ Ibidem, p. 49-50.

⁶⁴¹ MACHADO, 2006, p. 290-291.

no âmbito de iniciativas normativas multilaterais e de alcance regional e universal⁶⁴² e, embora não estejam suficientemente consolidadas, tendem à criação de mecanismos que possibilitem o combate à criminalidade internacional pelo direito interno, não recorrendo à responsabilidade internacional⁶⁴³.

Desse panorama é possível constatar que as fronteiras do direito internacional público e privado têm se modificado⁶⁴⁴. A tendência volta-se à vinculação dos atores econômicos a responsabilidades públicas. Contudo, as propostas com esse escopo ainda sofrem de um aparente e intencional “esvaziamento” jurídico, a fim de manter a questão limitada a orientações éticas, sem compatibilizar a regulação internacional sobre as empresas com seu porte e influência global.

3.2 A insuficiência da responsabilidade social das empresas multinacionais

A discussão sobre a responsabilidade social das empresas tornou-se evidente no final dos anos 1960 e ressurgiu pelas contribuições das ONGs⁶⁴⁵. A questão voltou ao centro das atenções⁶⁴⁶ por denúncias de que ‘empresas gigantescas do Primeiro Mundo’ têm explorado trabalho infantil no Terceiro Mundo⁶⁴⁷. Com isso, houve uma mobilização para torná-las socialmente responsáveis⁶⁴⁸.

⁶⁴² Como no Conselho da Europa, com a Convenção de Direito Penal sobre Corrupção, e na Organização dos Estados Americanos, com a Convenção Inter-Americana contra a Corrupção. No âmbito das Nações Unidas, destaca-se a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional (MACHADO, 2006, p. 290-291).

⁶⁴³ *Ibidem*, p. 290-291.

⁶⁴⁴ JOEL, P. R. The New Movements in International Economic Law. In: **American University International Law Review**, v. 10, n. 2, p. 607-617, 1995.

⁶⁴⁵ COUTINHO DE ABREU, J. M. **Curso de Direito Comercial**, v. II. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 309.

⁶⁴⁶ As preocupações com os males (ético-) sociais a que o exercício de uma atividade comercial ou industrial é propício vêm de longe, destacando-se: na Alta Idade Média, o Édito de Leão e o Édito de Zenão, ambos inseridos no Título 59 do Livro IV do Código de Justiniano; na Baixa Idade Média, as regras sobre responsabilidade social dos sujeitos ativos no mercado passaram a ser definidas pelos próprios, no estatuto das respectivas corporações, ficando os órgãos destas encarregados de sancionar seu incumprimento. Com o advento do liberalismo econômico, julgou-se que não havia razão para rezear comportamentos socialmente nefastos dos empresários. Entre o último quartel do século XIX e o final da Primeira Guerra, os empresários de maior dimensão foram autorregulando o exercício de sua atividade até a consolidação ao longo do século XX do Estado social e dos direitos sociais (SERENS, 2013). A relação entre negócios e ética tem sido desde sempre considerada problemática. Aristóteles, cuja reflexão ainda nos pode guiar, distinguia entre economia (*oikonomikos*) ou a produção na esfera doméstica e o comércio de excedentes da produção doméstica, e crematística (*chematisike*) ou a produção para a troca. A finalidade de ambas as atividades proporcionava o critério para avaliação ética (CALDAS, 2008).

⁶⁴⁷ ZADECK, S. The Path to Corporate Responsibility. In: **Harvard Business Review**, Boston, v. 125, pp. 125-132, 2004.

⁶⁴⁸ Direcionou-se uma cobrança dos movimentos sociais em relação a questões de caráter social e ambiental durante a Guerra do Vietnã, com um movimento de boicote à aquisição de produtos e ações na bolsa de empresas que estivessem ligadas ao conflito. Isso resultou na adoção de mecanismos, por algumas empresas, de transparência, através de documentos chamados de balanço social. O balanço social tornou-se obrigatório na

Entretanto, existem duas visões sobre o sentido dessa responsabilidade. A primeira, pautada nas ideias de fundo liberal, traz o entendimento de que a responsabilidade social da empresa deve ser vista como um instrumento em favor dos sócios na produção de lucros⁶⁴⁹. Essa visão alinha-se com o entendimento contratualista do interesse social da empresa, pois corresponde ao interesse dos sócios, ou seja, dos *shareholders*⁶⁵⁰. Dessa forma, a responsabilidade social da empresa poderia derivar de uma estratégia⁶⁵¹, e a empresa poderia mostrar que é responsável através de *marketing*, pois são propostos prêmios e *rankings*, criando um ambiente social em que, em última análise, considera-se responsável o que não é⁶⁵². É a visão mais difundida⁶⁵³.

Outro entendimento relaciona-se a uma visão moral, a partir da qual a empresa teria um dever para com a sociedade em geral, pelo que suas ações não devem ser pautadas apenas pelos lucros. Trata-se do chamado *business ethics*⁶⁵⁴. Nessa visão, tende-se a inserir conteúdos éticos na gestão empresarial, reconhecendo os problemas sociais, em especial nos países em desenvolvimento, que atribuem à empresa o dever moral de contribuir com a melhoria da situação. No entanto, nesse campo, as ações encontram-se no âmbito da voluntariedade e dos códigos de conduta, que se limitam a refletir declarações de boas intenções. Para os que defendem essa forma de tratar a questão, o argumento é de que o fato de a empresa produzir lucro já significa que produziu riqueza e, se cumpriu com as obrigações para com os fornecedores, isso se traduzirá em rendimentos para as pessoas⁶⁵⁵.

A divergência repercute nas controvérsias sobre a possível regulamentação legal da responsabilidade das empresas. Enquanto uns acreditam que transformando o dever moral em dever jurídico haveria maior cumprimento das responsabilidades, segundo princípios de justiça social e justiça distributiva⁶⁵⁶, outros entendem que essa transformação afrontaria os

França em 1977 para empresas com mais de setecentos funcionários, tornando-se após aplicável a empresas com menor número de funcionários e adotado em países como Bélgica e Portugal (TORRES, 2002. p. 134).

⁶⁴⁹ FRIEDMAN, M. **The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits**. New York: Magazine, 1970.

⁶⁵⁰ *Shareholders* são os que investem na empresa (SERRA, 2010).

⁶⁵¹ A responsabilidade social, pelo contrário, deve assumir-se como ferramenta de gestão, como medida de prudência e como exigência de justiça (CORTINA, 2009. p. 113).

⁶⁵² MOREIRA, J. M.; ALVES, A. A. Responsabilidade Social da Empresa, Ética e Governança: Equívocos, Tensões e Desafios. In: NUNES COSTA, M. A. et. al. **Responsabilidade Social: uma visão ibero-americana**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 542.

⁶⁵³ COSTA E SILVA, 2009, p. 47.

⁶⁵⁴ SOLOMON, R. *Business Ethics*. In: SINGER, P. **A Companion to Ethics**. Malden: Blackwell, 1993.

⁶⁵⁵ MOREIRA, J. M. **As contas com a ética empresarial**. Cascais: Principia, 1999, p. 160.

⁶⁵⁶ Daí cada vez mais pessoas aceitem que, se não for assim, ninguém aplicará a RSE (MOREIRA; ALVES, 2001, p. 546).

direitos à liberdade e à propriedade privada⁶⁵⁷; argumentam que regulamentar a responsabilidade social da empresa corresponderia a acarretar o mal do resultado pelo resultado, criando um incentivo ao descumprimento da norma sempre que possível, e que tal lei poderia ser injusta, e seria pouco responsável cumprir uma lei injusta⁶⁵⁸.

Esse quadro, associado às dificuldades acentuadas no caso das multinacionais, em função da necessidade de verificar o que se poderia exigir em um ou em outro país, impõe um alinhamento entre os Estados, o mercado e a sociedade. A crise financeira global e seus reflexos indicam que essa tríade terá de obter um consenso quanto às atribuições que deverá desempenhar para um desenvolvimento sustentável. Embora medidas proativas não lhe sejam características⁶⁵⁹, o enfrentamento da questão é inevitável.

Algumas propostas surgiram, como o conceito de *corporate compliance*⁶⁶⁰, pelo qual são adotadas políticas e instrumentos de controle para a eliminação das práticas desconformes ao direito, que demonstra às entidades externas que a empresa está empenhada em perseguir tal fim. Seria uma tentativa de evitar a imposição de normas jurídicas e aprimorar o debate com o mercado sobre mecanismos de avaliação, controle e auditoria. Essa medida não se mostra suficiente para a atuação das multinacionais, cujo processo produtivo fraciona-se em vínculos contratuais com fornecedores, subcontratadas e outras empresas, cujos danos não são considerados.

A proposta de padronização sobre a atuação dessas empresas, conforme as referências dos países desenvolvidos, poderia sinalizar um progresso, embora também pudesse significar, em alguns países, desconsiderar valores locais⁶⁶¹. Porém, seria possível aplicar um denominador comum dos valores culturais entre os países em que a empresa opera, dentro de princípios universais e adotando as responsabilidades necessárias em um contexto que requer uma responsabilidade de nível global⁶⁶².

Mesmo com algumas iniciativas, que serão adiante abordadas, os abusos prosseguem. É inquestionável que isso exigirá mudanças no direito internacional; a manutenção do quadro

⁶⁵⁷ Ibidem, p. 547.

⁶⁵⁸ Ibidem, p. 547. Entre os críticos da RSE os argumentos são de que: abrange atividades próprias do governo; que é uma questão secundária; e envolve agir com recursos alheios (THE ECONOMIST, 2008).

⁶⁵⁹ VIVES, A. Estrategias de Responsabilidad Social local en un contexto global: Empresas multinacionales em América Latina. In: **Revista de Responsabilidad Social de la Empresa**, n. 3, set.-dez., p. 101-130, 2009. Disponível em: <https://www.accioncontraelhambre.org/sites/default/files/documents/3_1.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁶⁶⁰ SERRA, C. O Novo Direito das Sociedades: para uma governação socialmente responsável. In: **Scientia Juris**, n. 14, p. 159-171, 2010.

⁶⁶¹ VIVES, 2009, p. 114.

⁶⁶² Ibidem, p. 114.

regulatório das multinacionais nos moldes de *soft law* não atende aos desafios contemporâneos⁶⁶³ por conta do poder que aquelas exercem⁶⁶⁴. E, se ainda será necessário amadurecer a questão, deve-se considerar a incidência de regulação internacional que confere às empresas direitos desproporcionais a suas responsabilidades por meio do regime do investimento estrangeiro, conforme será observado.

4 A crise de legitimidade no direito internacional econômico

Apesar dos desenvolvimentos do direito internacional econômico, o desequilíbrio do quadro atual em relação aos interesses sociais globais tem sugerido uma crise de legitimidade na disciplina. O despontar dessa fase deu-se com o fracasso na obtenção de consensos nas negociações da Rodada de Doha e na conclusão de um novo acordo sobre alterações climáticas⁶⁶⁵. Diante das dificuldades em alcançar consenso em novos acordos mundiais e em questões como a utilização de medidas de salvaguarda unilateral e acordos bilaterais, acentuaram-se os obstáculos na construção de consensos sobre as reformas do comércio, do investimento e das regras financeiras e ambientais mundiais⁶⁶⁶.

O sistema do direito internacional econômico, estabelecido no pós-Segunda Guerra, passou a exigir uma nova forma de pensar⁶⁶⁷; afirma-se a necessidade de uma mudança paradigmática nesse campo concebido sobre as bases do direito internacional clássico⁶⁶⁸. Embora a visão tradicional continue a preponderar nos acordos e nas práticas diplomáticas, torna-se necessária uma regulação mais cosmopolita da divisão global do trabalho em níveis transnacional, regional e nacional para proteger os direitos humanos, os consumidores, o meio ambiente, o suporte democrático do direito internacional econômico e a coerência entre as ordens jurídicas nacionais e internacionais⁶⁶⁹.

Nessa perspectiva, devem integrar-se os direitos humanos à regulação econômica, pois os tratados de direitos humanos e os que versam sobre direito internacional econômico

⁶⁶³ BRUMMER, C. Why Soft Law Dominates International Finance – and not Trade. In: **Journal of International Economic Law**, v. 13, n. 3, p. 623-643, 2010.

⁶⁶⁴ Trata-se da necessidade de uma nova ética de responsabilidade mais ampla, proporcional ao alcance do poder (JONAS, 1995, p. 56-74). Sua maior influência deve corresponder a uma responsabilidade total com o respeito e à promoção dos direitos humanos (ROMÁN, 2004. p. 54).

⁶⁶⁵ PETERSMANN, E.-U. **International Economic Law in the 21st Century**: constitutional pluralism and multilevel governance of interdependent public goods. Oxford: Hart, 2012, p. 1.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 1.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, p. 1; Também Sem e Kliksberg, 2010, p. 10.

⁶⁶⁸ PETERSMANN, 2012, p. 2.

⁶⁶⁹ *Ibidem*, p. 2.

continuam a evoluir como regimes jurídicos sem coordenação, o que se verifica pela ausência de referências aos direitos humanos nos acordos de FMI, BM, GATT e OMC⁶⁷⁰. Os livros raramente exploram as dimensões de justiça do direito internacional econômico e as justificativas legais das reivindicações morais de que o direito internacional econômico viola os direitos humanos dos mais pobres⁶⁷¹.

O paradigma prevalente é o do utilitarismo econômico⁶⁷², com foco na eficiência e na maximização do bem-estar, e em vez de responder às demandas dos cidadãos, as instituições econômicas internacionais cada vez mais os alienam com programas de austeridade e falham na proteção dos bens públicos globais⁶⁷³. Esse modelo não impediu tais instituições de tratarem questões relacionadas aos direitos humanos no contexto de suas atividades⁶⁷⁴; a imbricação das considerações econômicas e de direitos humanos emergiu quando o BM passou a admitir que certos padrões de violações de direitos humanos podem acarretar “efeitos econômicos diretos”, o que exige a reconsideração das atividades de financiamento no país⁶⁷⁵.

As obrigações de direitos humanos passaram a exigir a reinterpretação e a reelaboração do direito internacional econômico para o benefício de todos⁶⁷⁶. Uma proteção mais forte do bem-estar econômico e dos direitos humanos de bilhões de cidadãos na economia mundial globalmente conectada depende da capacidade de articulação do direito internacional econômico com essas questões⁶⁷⁷. Embora em muitas áreas do direito internacional econômico as dimensões do direito privado e do direito público sejam percebidas como concorrentes, a perspectiva que se adota é de que são inseparáveis, particularmente no campo do investimento estrangeiro ligado à atividade das empresas multinacionais⁶⁷⁸. Essa perspectiva funda-se no reconhecimento de que a regulação

⁶⁷⁰ Ibidem, p. 7.

⁶⁷¹ Ibidem, p. 10.

⁶⁷² A vulnerabilidade flagrante do utilitarismo é que não consegue respeitar os direitos individuais. Argumenta-se que muitas escolhas sociais trocam implicitamente um determinado número de vidas por outros bens e conveniências. A vida humana tem seu preço, insiste Sandel (2012, p. 51-61).

⁶⁷³ PETERSMANN, 2012, p. 7.

⁶⁷⁴ CHAZOURNES, 2011, p. 214-215.

⁶⁷⁵ Ibidem, p. 217.

⁶⁷⁶ PETERSMANN, 2012, p. 11. Stark (2014, p. 262) afirma que isso não se dará no atual direito internacional econômico, pois a ordem econômica neoliberal não quer e porque a disciplina não tem capacidade de fazer acontecer.

⁶⁷⁷ PETERSMANN, 2012, p. 11.

⁶⁷⁸ Ibidem, p. 13.

econômica mais liberal criou formas de interdependência entre o público e o privado, e a economia, entre direitos individuais e regimes regulatórios⁶⁷⁹.

Tal visão alinha-se com a afirmação de que o direito internacional econômico é um subsistema de normas e práticas legais que visa promover não apenas a eficiência econômica e o desenvolvimento sustentável, mas também o cumprimento dos direitos humanos⁶⁸⁰. Com essa concepção, afasta-se a posição centrada no Estado como único sujeito do direito internacional, pois se trata de posição autoritária que negligencia os direitos humanos, o papel dominante dos atores não estatais e o papel da sociedade civil e dos tribunais na interpretação das regras do direito internacional econômico⁶⁸¹.

O que se pretende é que, no século XXI, o direito internacional reconheça os cidadãos não apenas como sujeitos de direitos humanos, mas como detentores de direito à cooperação econômica mutuamente benéfica⁶⁸². Entende-se que não se pode reverter as dificuldades econômicas dos pobres do mundo se estes forem impedidos de ter acesso à tecnologia, à eficiência do comércio e do intercâmbio internacionais e aos méritos de viver em uma sociedade aberta⁶⁸³. O ponto central é como fazer um bom uso dos benefícios do intercuro econômico e do progresso tecnológico de maneira a atender, de forma adequada, aos interesses dos destituídos e desfavorecidos⁶⁸⁴.

O capitalismo global, porém, está mais preocupado em expandir as relações de mercado do que estabelecer a democracia, expandir a educação ou incrementar oportunidades para os pobres. Como a globalização é, em si, uma abordagem inadequada à prosperidade mundial, é preciso ir além das prioridades que encontram expressão no foco do capitalismo global⁶⁸⁵. Nessa linha, a sociedade civil tem criticado as negociações secretas no âmbito da OMC, as decisões de resolução de litígios e as arbitragens de investimento que desrespeitam o bem-estar dos consumidores e privilegiam os produtores poderosos e as estratégias de

⁶⁷⁹ SAND, I.-J. Globalization and the transcendence of the public/ private divide – What is public law under conditions of globalization? In: AMHLAIGH, C.; MICHELON, C.; WALKER, N. **After Public Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 201-217.

⁶⁸⁰ PETERSMANN, 2012, p. 14.

⁶⁸¹ Ibidem, p. 14.

⁶⁸² Ibidem, p. 20.

⁶⁸³ SEM; KLIKSBURG, 2010, p. 23.

⁶⁸⁴ Ibidem, p. 23. Para Rawls (1981, p. 31-40), é preciso que a sociedade seja regulada por uma concepção política de justiça a fim de promover os justos termos de cooperação entre seus membros. A justiça como equidade caracteriza a sociedade bem ordenada como aquela na qual todos aceitem e saibam que outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e as instituições sociais devem garantir estes princípios, para que não ocorram distinções arbitrárias na atribuição de direitos e deveres básicos na sociedade; e também devem garantir regras que proporcionem um equilíbrio estável entre reivindicações de interesses concorrentes das vantagens da vida social e na distribuição da riqueza.

⁶⁸⁵ SEM; KLIKSBURG, 2010, p. 29.

litigância intergovernamental que moldam o desenvolvimento do direito internacional econômico, dominadas por interesses políticos e dos produtores⁶⁸⁶.

Por isso, o estudo volta-se não apenas à estrutura do regime do investimento estrangeiro, mas a sua compatibilidade com os direitos humanos. Trata-se de avaliar a capacidade de contribuição do regime para o controle e a repressão dos abusos e dos desvios éticos resultantes da globalização⁶⁸⁷. A premissa é de que quando ética e economia atuam de forma articulada, os caminhos alternativos aparecem, e, nas áreas em que esses caminhos são aplicados, produzem-se melhorias na vida das pessoas⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ PETERSMANN, 2012, p. 20.

⁶⁸⁷ JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 106.

⁶⁸⁸ SEM; KLIKSBERG, 2010, p. 13.

CAPÍTULO II

AS PECULIARIDADES DO REGIME INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

1 Definições no âmbito do investimento estrangeiro

A noção de investimento estrangeiro variou ao longo da história, e não há definição precisa, quer na doutrina jurídica, quer na econômica⁶⁸⁹. Na óptica jurídica, as definições em cada ordenamento nacional ou nos instrumentos internacionais ampliam as dificuldades para uma noção unitária⁶⁹⁰. Assim, não há um conceito jurídico padrão, pois é estabelecido em cada instrumento, conforme os objetivos do Estado, no caso das normas de direito interno, ou das partes contratantes, nos tratados ou contratos com o Estado⁶⁹¹.

Sornajarah (2010, p. 8) entende que a definição de investimento estrangeiro envolve a transferência de ativos tangíveis ou intangíveis de um país para outro, a fim de utilizá-los com o propósito de gerar riquezas sob o controle total ou parcial do proprietário dos ativos. Há diferenças entre o investimento estrangeiro direto, que ocorre com a transferência de propriedades físicas, como equipamentos e a construção de fábricas, e o investimento estrangeiro indireto ou em carteira, representado pela movimentação financeira com o propósito de aquisição de ações em uma companhia formada ou em funcionamento em outro país⁶⁹².

⁶⁸⁹ A definição econômica tem muitas conotações, significando, na análise da renda nacional, o valor daquela parte do produto da economia, para qualquer período de tempo, que toma a forma de novos imóveis, novos bens de capital duráveis e variações nos estoques. Enquanto investimentos internos são aquela parte do produto não consumido que permanece no país, os investimentos estrangeiros são a parte do produto não consumido que vai para o exterior e onde, dependendo da natureza dos bens, pode ser consumida, adicionada aos estoques ou incorporada aos bens de capital dos países do exterior (SHAPIRO, 1985, p. 89-269). O investimento externo refere-se à utilização de recursos mediante a alocação de receitas e a assimilação dos custos para o acréscimo de bens produtivos, tendo em vista a expectativa de que as receitas do investimento superem os custos (SAMUELSON; NORDHAUS, 1999).

⁶⁹⁰ COSTA, J. A. F. **Direito Internacional do investimento estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 29.

⁶⁹¹ DIAS, B. de F. **Investimentos estrangeiros no Brasil e o direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 26.

⁶⁹² *Ibidem*, p. 8. Nesta pesquisa, a abordagem voltada-se apenas ao investimento estrangeiro direto.

No investimento estrangeiro direto, exige-se a presença de elementos como a propriedade da maior parcela ou a totalidade de cotas ou ações por parte do investidor estrangeiro, controle e administração da empresa pelo investidor, objetivo de exercer atividade produtiva baseada nas competências empresariais específicas e objetivo de exercer uma atividade continuada e duradoura⁶⁹³. Já no investimento indireto, as características são a propriedade de uma pequena parcela ou de parcela pouco significativa do capital pelo investidor estrangeiro, ausência de controle, objetivo especulativo e duração e continuidade da propriedade dos ativos dependente apenas do valor de mercado dos títulos⁶⁹⁴. A principal preocupação dos investidores de carteira é a valorização de seu capital e o retorno que ele pode gerar, independentemente de qualquer relação de longo prazo ou controle da empresa. Nesse tipo de investimento não há transferência de tecnologia, capacitação de empregados locais ou outros benefícios do investimento direto⁶⁹⁵.

O tipo de investimento nem sempre se apresenta de forma clara, e entre os extremos existe um conjunto de formas jurídicas⁶⁹⁶. A principal implicação dessa diferença é que no investimento estrangeiro indireto não se confere proteção sob a óptica do direito consuetudinário internacional porque os investimentos fazem parte dos riscos comerciais normais do investidor⁶⁹⁷. Já a propriedade física e outros ativos investidos são tutelados por princípios de proteção diplomática e da responsabilidade do Estado⁶⁹⁸. Assim, o investimento indireto apenas receberá a mesma proteção do investimento direto se estiver incluído na definição de investimento estrangeiro do tratado⁶⁹⁹.

Para o FMI, o investimento estrangeiro direto (IED) ocorre quando um investidor residente em uma economia faz um investimento que lhe dá controle ou grau significativo de influência no gerenciamento de uma empresa em outra economia. Para definir quando uma aquisição resulta em IED, o *Framework of Direct Investment Relationship* considera que o investidor assume o controle da empresa estrangeira ao possuir mais de 50% do poder de voto, e um significativo grau de influência representa que o investidor possui entre 10% e

⁶⁹³ COSTA, 2010, p. 33.

⁶⁹⁴ Ibidem, p. 33.

⁶⁹⁵ UNCTAD. **Scope and Definition** - UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. Geneva: United Nations, 2011, p. 29.

⁶⁹⁶ COSTA, 2010, p. 33.

⁶⁹⁷ SORNARAJAH, M. **The international law on foreign investment**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 9.

⁶⁹⁸ Ibidem, p. 9.

⁶⁹⁹ Ibidem, p. 9-11.

50% do poder de voto⁷⁰⁰; essa definição é adotada também pela OECD. O IED geralmente ocorre quando a empresa cria uma subsidiária no exterior (*Greenfield FDI*), representando o ingresso de novos capitais na economia e a criação de novos ativos, ou por meio da aquisição uma empresa estrangeira (*Acquisition FDI*), quando ocorre substituição e transferência dos ativos⁷⁰¹. As entidades que investem são os investidores diretos, e as empresas em que os investimentos são efetuados são as empresas de investimento direto⁷⁰².

2 A evolução do direito internacional do investimento estrangeiro

A origem do investimento estrangeiro remonta a tempos distantes na Ásia, no Oriente Médio, na África e em outras partes do mundo⁷⁰³, e, desde logo, o tratamento dos estrangeiros pelo Estado receptor deu lugar a controvérsias⁷⁰⁴. Foi na Idade Média que houve uma evolução dos princípios que governavam o tratamento dos estrangeiros⁷⁰⁵; na altura, Francisco de Vitória (2006), em seu *De Indis*, entendia que o investimento estrangeiro era um direito natural e que os estrangeiros deveriam ser tratados como os nacionais, enquanto Vattel defendia que o tratamento dos estrangeiros deveria seguir padrões mais elevados, pois o padrão nacional poderia ser baixo e inaceitável⁷⁰⁶. A questão segue atual, pois, ao longo da história e mesmo hoje, há a tentativa de impor normas de proteção aos investimentos segundo interesses dos Estados poderosos por intermédio do direito internacional⁷⁰⁷.

Nos séculos XVIII e XIX, o investimento estrangeiro deu-se no contexto da expansão colonial e não necessitava de proteção especial, pois o sistema legal das colônias era integrado ao dos poderes imperiais, e este conferia proteção suficiente aos investimentos⁷⁰⁸. Para alguns,

⁷⁰⁰ Para o FMI (s.d.), consideram-se os investimentos efetuados com o fim de adquirir um interesse duradouro em uma empresa que exerce suas atividades no território de uma economia diferente da do investidor, com o objetivo de este ter um poder de decisão efetivo na gestão da empresa.

⁷⁰¹ HARTIGAN, J. Determinantes Econômicas do Investimento Estrangeiro Direto da União Europeia no Brasil. ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA DA ANPEC, 16., Foz do Iguaçu, 10-13 dez. 2013. **Resumos...**, Anpec, Foz do Iguaçu, 2013. Disponível em: <www.corecon-sc.org.br/site/upload/monografias/20072.doc>. Acesso em: 02 maio 2014.

⁷⁰² FMI *apud* MEDEIROS, E. R. **Economia Internacional**, 4. ed. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas/ Universidade Técnica de Lisboa, 1994, p. 176.

⁷⁰³ SORNARAJAH, 2010, p. 19.

⁷⁰⁴ Enquanto nem todas as antigas cidades-estado gregas recebiam bem os estrangeiros, em Atenas eles eram encorajados a engajarem-se na economia e havia tratados de tratamento recíproco e procedimentos judiciais para assegurar o cumprimento dos contratos. No direito romano, o sistema baseava-se em tratados bilaterais (SCHEFER, 2013, p. 4).

⁷⁰⁵ SCHEFER, 2013, p. 4.

⁷⁰⁶ *Apud* SORNARAJAH, 2010, p. 19.

⁷⁰⁷ *Ibidem*, p. 19.

⁷⁰⁸ *Ibidem*, p. 19.

não faz sentido falar em investimentos estrangeiros, já que as colônias estavam submissas ao regime jurídico das metrópoles e não havia exportação de ativos em sentido próprio⁷⁰⁹.

No século XIX, os fluxos de capital aumentaram com a intensificação do comércio⁷¹⁰, concentrando os investimentos na mineração e na agricultura⁷¹¹. O capital estrangeiro também servia à instalação de infraestrutura, como construção de ferrovias, portos e saneamento, com o apoio do Estado que buscava financiamento externo⁷¹². A principal característica do modelo de investimento no século XIX e na primeira parte do século XX era o vínculo com o Estado receptor, que se configurava tanto por concessões públicas quanto como tomador de empréstimos⁷¹³. A estrutura jurídica era composta por relações contratuais ora de direito público, ora de direito privado, e, na medida em que o Estado receptor desenvolvia-se institucionalmente, a amplitude dos direitos garantidos pelas concessões passou a encontrar resistência nos sistemas administrativos nacionais, o que levou a renegociações e a expropriações⁷¹⁴.

Com a adoção pelos Estados receptores de políticas de industrialização voltadas à autossuficiência, políticas protecionistas, nacionalizações e expropriações de ativos de empresas estrangeiras, a busca pela segurança contra riscos políticos passou a ser a principal questão para os investidores, alterando o modelo de investimento do século XIX⁷¹⁵. Mesmo diante de situações delicadas sob a óptica da propriedade, as relações entre as multinacionais e os Estados receptores prosseguiram, buscando alternativas jurídicas para atender às partes⁷¹⁶.

No período anterior à Segunda Guerra, com as relações entre os EUA, que ainda eram um poder incipiente, e a América Latina, sobressaiu a necessidade de um direito internacional sobre o investimento estrangeiro⁷¹⁷. Restabeleceu-se o confronto entre a ideia de que os investidores estrangeiros deveriam ser tratados de acordo com a legislação local e a de que

⁷⁰⁹ COSTA, 2010, p. 41.

⁷¹⁰ Os transportes e as tecnologias de comunicação demandavam grandes infraestruturas, e o financiamento desses projetos tornou-se possível por meio do desenvolvimento das empresas (SCHEFER, 2013, p. 4). O principal traço inovador na época foi o aparecimento da grande empresa e a expansão dos investimentos internacionais (NUNES; VALÉRIO, 2015, p. 113).

⁷¹¹ As nações europeias do século XIX aderiram à proteção da propriedade estrangeira e havia certo consenso de que os estrangeiros deveriam ser protegidos como os nacionais (SCHEFER, 2013, p. 5).

⁷¹² COSTA, 2010, p. 44.

⁷¹³ *Ibidem*, p. 44.

⁷¹⁴ *Ibidem*, p. 44.

⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 44. Os conflitos sobre os investimentos estrangeiros intensificaram-se no final do século XIX. Muitos países atentaram contra os interesses dos investidores (MERCIAI, 1993, p. 40).

⁷¹⁶ COSTA, 2010, p. 47.

⁷¹⁷ SORNARAJAH, 2010, p. 20.

deveriam ser acordados padrões internacionais⁷¹⁸. Mesmo com a experiência norte-americana inicial como importador do capital europeu, que se assemelhava à dos países em desenvolvimento, os EUA insistiam que os países latino-americanos fossem submetidos à regulação internacional⁷¹⁹; Afirmavam a imprescindibilidade de um sistema internacional de proteção ao investimento estrangeiro⁷²⁰.

A discussão, que se ampliou na época da Revolução Russa (1917) e com a expansão do comunismo, quando os debates centraram-se nas nacionalizações dos bens dos estrangeiros, revelava a necessidade de padrões que tornassem tais intervenções internacionalmente aceitáveis⁷²¹. A onda de nacionalizações que se iniciou com a revolução na Rússia seguiu-se no Brasil, em 1930, no México, em 1938, na Bulgária, na Tchecoslováquia, na Hungria e na Polônia, entre 1945 e 1948, na Bolívia, em 1952, na China, nos anos 1940 e 1950, no Egito, em 1956, e em Cuba, a partir de 1959, e ao longo dos anos 1960⁷²², devido em parte à reivindicação dos Estados relativa à soberania sobre as reservas de petróleo, na sequência da descolonização⁷²³. As expropriações continuaram nos anos 1970, e muitos Estados em desenvolvimento adotaram uma visão negativa do investimento estrangeiro e das multinacionais; tal situação modificou-se apenas em meados da década de 1980⁷²⁴.

Até a Segunda Guerra, os investimentos estrangeiros foram disciplinados quase que exclusivamente por normas e princípios de direito interno. Porém, diante de fatos interpretados como atentados aos investimentos, afirmou-se que os instrumentos internacionais seriam mais eficazes⁷²⁵. Após a Segunda Guerra, a proteção do investimento estrangeiro desenvolveu-se em um ambiente de desconfiança entre Estados e investidores, justificada pela instabilidade política de muitos países novos e pela crença de que os sistemas jurisdicionais internos seriam tendenciosos⁷²⁶. Por isso, questões como nacionalizações, expropriação discriminatória, resolução unilateral dos contratos, discriminação tributária na obtenção de licenças, permissões e concessões, desrespeito à propriedade intelectual,

⁷¹⁸ Ibidem, p. 20.

⁷¹⁹ Ibidem, p. 21.

⁷²⁰ Ibidem, p. 22.

⁷²¹ Ibidem, p. 22.

⁷²² Em 1960, Fidel Castro declarou: “Nós vamos tomar os investimentos americanos centavo por centavo até que nada reste”. Declaração proferida ao *New York Times*, 21 ago. 1960 (COMEAX; KINSELLA, 1997, p. XIX).

⁷²³ COMEAUX, P. E.; KINSELLA, N. S. **Protecting Foreign Investment under International Law: Legal Aspects of Political Risk**. New York: Ocean Publications, 1997, p. XX.

⁷²⁴ Ibidem, p. XX.

⁷²⁵ DIAS, 2010, p. 16.

⁷²⁶ COSTA, 2010, p. 59.

restrições às transferências internacionais de capitais, tornaram-se objeto de regimes especiais de proteção⁷²⁷.

Com o aumento do fluxo de investimentos estrangeiros diretos por conta da adoção de regimes regulatórios liberais e princípios estruturados sobre as bases dos Acordos de Bretton Woods⁷²⁸, a questão atingiu seu ápice⁷²⁹. Os instrumentos de direito interno tornaram-se insuficientes para a tutela dos interesses contrapostos: o controle dos investimentos, que interessava aos países receptores, e a liberdade de investir, que interessava aos investidores⁷³⁰. Com isso, a regulamentação dos investimentos estrangeiros passou a ser objeto de instrumentos internacionais, como o já citado Acordo de Bretton Woods, a Carta de Havana⁷³¹, os códigos da OCDE e as resoluções da ONU⁷³².

Os países em desenvolvimento introduziram políticas de abertura aos investimentos⁷³³, não apenas em função da filosofia econômica preponderante, mas pela competição por fluxos de investimento⁷³⁴. Desde então, os investimentos das multinacionais passaram a ser cobiçados pelos Estados, que os atrelaram a seus efeitos benéficos, como o crescimento econômico, a transferência de tecnologia, ao conhecimento de administração dos empreendimentos e ao fornecimento de capital⁷³⁵.

Especialmente após a Guerra Fria, os eventos sobre o investimento estrangeiro foram conduzidos por políticas neoliberais, por intermédio do BM e do FMI⁷³⁶. A exigida liberalização dos mercados, o tratamento equivalente aos nacionais, a proteção contra a violação de certos padrões de tratamento e meios seguros de resolução de litígios eram políticas que tinham de ser implementadas se os Estados almejassem assistência das

⁷²⁷ *Ibidem*, p. 59.

⁷²⁸ Para o BM, o ambiente adequado para os investimentos depende de três fatores: o quadro econômico e financeiro, as condições políticas e culturais e a existência de um regime regulatório favorável. Estima-se que o fluxo global de investimento estrangeiro tenha crescido a partir de 1987, quando foram adotados os princípios de Bretton Woods (SHIHATA, 1993, p. 2-25).

⁷²⁹ DIAS, 2010, p. 15.

⁷³⁰ *Ibidem*, p. 17.

⁷³¹ A Carta de Havana foi concebida como um tratado multilateral para complementar os Acordos de Bretton Woods e foi a primeira tentativa de regulação intergovernamental dos investimentos estrangeiros. Porém, a recusa de ratificação pelos EUA fez com que nenhum outro Estado considerasse útil sua subscrição por não se aplicar aos principais investidores (MERCIAI, 1993, p. 41-42).

⁷³² DIAS, 2010, p. 17.

⁷³³ PINILLA, 2003, p. 245.

⁷³⁴ SORNARAJAH, 2010, p. 24.

⁷³⁵ JENSEN, 2008.

⁷³⁶ O investimento estrangeiro foi considerado essencial na transição das economias planificadas para a economia de mercado e sua promoção estava atrelada a três etapas: uma vertente de comunicação, para promover uma boa imagem do país, uma operacional, para gerar os investimentos, e de serviço, que conteria as informações (ALTER, 1994, p. 28-31).

instituições internacionais⁷³⁷; deveriam também firmar tratados bilaterais de investimento para garantir proteção ao investimento estrangeiro. Foi esse conjunto de medidas neoliberais que influenciou muito do que se tem estabelecido no direito internacional do investimento estrangeiro⁷³⁸.

Com o crescimento exponencial do investimento estrangeiro e sua difusão pelos países em desenvolvimento, acentuaram-se as discussões quanto a sua regulação⁷³⁹. Na medida em que os países desenvolvidos tornaram-se também destinatários do investimento estrangeiro, estes passaram a demonstrar um interesse maior em uma regulação clara sobre a matéria⁷⁴⁰, cujo principal objetivo seria tornar a proteção do investimento mais credível aos investidores⁷⁴¹. O entendimento era de que, embora o Estado receptor pudesse prometer respeito à propriedade *ex ante*, poderia recuar caso inexistissem sanções. De outro lado, as empresas geralmente não podem desinvestir totalmente, uma vez que tenham estabelecido um investimento fixo, pois os investimentos são normalmente específicos⁷⁴². Em função da posição do Estado que lhe permitiria obter vantagens sobre essa situação, o direito internacional do investimento estrangeiro embasou-se nos compromissos dos Estados receptores, com a redução do risco de oportunismo *ex post*⁷⁴³.

2.1 As discussões sobre a proposta do Acordo Multilateral de Investimentos

As questões sobre a proteção do investimento estrangeiro foram objeto de uma iniciativa em prol de uma ação coletiva internacional; essa proposta possui uma história longa e turbulenta⁷⁴⁴. Embora as disposições internacionais que tratam de investimento tenham crescido nas últimas décadas e o investimento estrangeiro direto tenha se desenvolvido como uma força motora para a integração das nações e suas economias, e apesar de as multinacionais terem se firmado como principais agentes do processo de globalização⁷⁴⁵, tais

⁷³⁷ SORNARAJAH, 2010, p. 24.

⁷³⁸ *Ibidem*, p. 24.

⁷³⁹ CHANG, 2004, p. 249.

⁷⁴⁰ SORNARAJAH, 2010, p. 25.

⁷⁴¹ AAKEN, A. VAN. International Investment Law Between Commitment and Flexibility: a contract theory analysis. In: **Journal of International Economic Law**, Oxford, v. 12, issue 2, p. 513, 2009.

⁷⁴² *Ibidem*, p. 520.

⁷⁴³ *Ibidem*, p. 521.

⁷⁴⁴ SAUVÉ, P. Multilateral Rules on Investment: is forward movement possible? In: **Journal of International Economic Law**, v. 9, p. 325-355, 2006.

⁷⁴⁵ *Ibidem*, p. 325.

avanços não foram suficientes para conduzir a uma disciplina multilateral sobre o investimento⁷⁴⁶.

A proposta para a inclusão de um conjunto de normas sobre o investimento estrangeiro nas regras da OMC começou na Rodada do Uruguai⁷⁴⁷, e após sua rejeição pelos países em desenvolvimento, foi retomada no âmbito da OCDE⁷⁴⁸. Os EUA e, durante a Rodada Uruguai, a UE e outros países industrializados convenceram-se de colocar as questões do investimento estrangeiro novamente na agenda internacional. Com a oposição dos países em desenvolvimento no âmbito da OMC, os EUA propuseram a transição das negociações para a OCDE⁷⁴⁹, para desenvolver um acordo bem estruturado⁷⁵⁰.

Embora já existissem instrumentos que buscassem regular o investimento estrangeiro, como o Código de Movimento de Capitais, que demandava a paralisação nas medidas de restrição aos investimentos e requeria aos membros a denúncia ao comitê sobre políticas dessa natureza, o Acordo sobre o Estabelecimento do Tratamento Nacional e compromissos políticos para a aplicação progressiva do princípio, sujeitos às necessidades de manutenção da ordem pública e à proteção dos interesses de segurança e garantia dos compromissos relacionados à paz mundial, a Decisão sobre Incentivos e Desincentivos ao Investimento, as Diretrizes para as Empresas Multinacionais e outros instrumentos e consultas que caracterizavam um corpo de práticas e políticas, a OCDE ainda promoveu a tentativa de criação de um acordo multilateral⁷⁵¹.

A negociação foi iniciada pelos EUA, e a proposta sofreu um *lobby* da indústria e dos negócios americanos para um acordo que abolisse as restrições ao investimento estrangeiro direto, que garantisse sua proteção e que permitisse aos investidores levar as disputas contra o Estado receptor a um tribunal internacional⁷⁵². O projeto de acordo, após um estudo que perdurou de 1991 a 1995, foi sobre os títulos: Disposições Gerais, Âmbito de Aplicação, Tratamento dos Investidores e dos Investimentos, Proteção do Investimento, Solução de

⁷⁴⁶ Ibidem, p. 325.

⁷⁴⁷ No início da década de 1980, os EUA começaram a pressionar por uma nova rodada de negociações multilaterais, estendendo à agenda do GATT novas questões, como propriedade intelectual, comércio de serviços e investimento (DRAKE; NICOLAIDIS, 1992).

⁷⁴⁸ SEID, S. H. **Global regulation of foreign direct investment**. Aldershot: Ashgate, 2002, p. 78.

⁷⁴⁹ A OECD foi escolhida para negociar um acordo multilateral, pois seus membros pertenciam a países com políticas de investimento estrangeiro liberais. Acreditava-se que facilitaria as negociações para um acordo que seria o referencial para a proteção e liberalização dos investimentos (DATTU, 2000, p. 276).

⁷⁵⁰ TIELEMAN, K. **The failure of Multilateral Agreement on Investment (MAI) and the absence of a global public policy network**. Florença: European University Institute/Harvard University Networks, s.d. p. 28. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.627.7992&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

⁷⁵¹ SEID, 2008, p. 79.

⁷⁵² Ibidem, p. 78.

Controvérsias, Exceções e Ressalvas, Serviços Financeiros, Tributação, Exceções Específicas dos Países, Relações com outros Acordos Internacionais, Implementação e Operação e Disposições Finais⁷⁵³.

A principal inovação teria sido uma ampla definição de investidor e investimento, a incluir o investimento indireto. Segundo o texto, esperava-se que o acordo fornecesse garantias não apenas para o próprio investimento (na fase pós-entrada), mas que também o fizesse na realização do investimento (na fase antecedente a seu ingresso) e destinava-se a cobrir as medidas tomadas em todos os níveis de governo⁷⁵⁴. Outra inovação seria a cláusula que vinculasse a arbitragem, não só entre o Estado receptor e o Estado de origem, mas entre o investidor e o Estado receptor, dando àquele a possibilidade de escolher entre tribunais locais e internacionais e arbitragem⁷⁵⁵.

No campo da técnica de elaboração de tratados, o ponto central seria a adoção de uma abordagem vertical, a significar que as partes assumiriam um compromisso global com as disposições de não discriminação e com os padrões absolutos do acordo multilateral, e, então, seriam listadas as exceções de cada país para as áreas em que não concordassem com a cobertura por essas obrigações. O problema dessa abordagem para os negociantes é que eles teriam de estar certos quanto aos efeitos que um acordo desse tipo teria sobre certas áreas de suas economias e sistemas regulatórios⁷⁵⁶.

Os opositores centraram as críticas na concentração de proteção ao investimento estrangeiro, que favorecia as multinacionais, sem preocupação com a proteção do meio ambiente, o desenvolvimento dos Estados mais pobres e os direitos humanos⁷⁵⁷. A posição que defendia normas sobre a responsabilidade das empresas multinacionais pelo direito internacional, diante do impacto que as atividades produzem sobre os direitos humanos, o desenvolvimento econômico e os direitos das comunidades indígenas nos Estados receptores consolidaram-se como contraposta à proteção do investimento das multinacionais e sua movimentação de capitais ao redor do mundo, fundamentando a resistência das ONGs⁷⁵⁸.

No caso do Acordo Multilateral de Investimentos, a OCDE não desenvolveu discussão com as ONGs, e o grupo de negociações permaneceu restrito a especialistas em investimento,

⁷⁵³ *Ibidem*, p. 80.

⁷⁵⁴ BÖHMER, A. The Struggle for a Multilateral Agreement on Investment – An Assessment of the Negotiation Process in the OECD. In: **German Yearbook of International Law**, v. 41, p. 267-298, 1998.

⁷⁵⁵ *Ibidem*, p. 267.

⁷⁵⁶ *Ibidem*, p. 270.

⁷⁵⁷ SORNARAJAH, 2010, p. 27.

⁷⁵⁸ *Ibidem*, p. 27.

sendo que muitas daquelas organizações não tiveram conhecimento das negociações até que uma campanha contra o acordo foi lançada. Essa exclusão de participação trouxe consequências negativas do ponto de vista do desenvolvimento de redes de políticas públicas integradas na área do comércio e do investimento⁷⁵⁹.

Mesmo assim, Drabek (1998) sustenta que a proposta do Acordo Multilateral teria sido mais vantajosa; para ele, as discussões sobre seus méritos ou falhas são obscurecidas por mal-entendidos. O primeiro destes consistiria no receio de que um acordo dessa natureza não garantiria o aumento no investimento estrangeiro para um país de Terceiro Mundo. Nesse aspecto, afirma que o acordo multilateral não fornece garantia de aumento do investimento estrangeiro, pois seria uma condição necessária, porém não suficiente⁷⁶⁰. O segundo equívoco seria a preocupação sobre os efeitos do investimento estrangeiro no desenvolvimento econômico, que não são totalmente conhecidos. Quanto a isso, durante a reunião ministerial da OMC, argumentou-se que tais efeitos deveriam ser estudados antes de os governos envolverem-se nas negociações; para Drabek (1998), essa é mais uma questão empírica do que uma questão substancial⁷⁶¹. Por fim, o terceiro equívoco seria o entendimento de que a pressão por um acordo multilateral é inconsistente com a tendência de liberalização; para autor, porém, um acordo multilateral não deve ser interpretado como um acordo de regulamentação; o mérito deste seria aumentar a credibilidade dos compromissos governamentais⁷⁶².

Alguns entendem que o atual estado do regime do investimento estrangeiro tem uma tendência maior para complicação do que se tivesse sido estabelecido o tratado multilateral. Para esses, o conjunto esparso de tratados bilaterais e acordos, baseados na hegemonia dos Estados exportadores de capital, em que os demais Estados são muitas vezes privados da oportunidade de interpretar as disposições dos tratados e em que os Estados importadores de capitais têm medo de aplicar medidas regulamentares de interesse público, para não desencadear arbitragens de investimento onerosas, coloca desafios à estabilidade e à segurança jurídica do regime⁷⁶³. Afirmam que enquanto a proposta do acordo multilateral da

⁷⁵⁹ A OCDE, ao contrário do que ocorre em questões sobre meio ambiente e direito humanos, tem limitado a participação de ONGs nas questões que envolvem negociações econômicas (TIELEMAN, s.d., p. 5-6).

⁷⁶⁰ Ibidem, p. 1-19.

⁷⁶¹ Ibidem, p. 1-19.

⁷⁶² Ibidem, p. 1-19.

⁷⁶³ KONONOV, O. International Investment Law: Is it time to change the traditional BIT System? In: **Czech Yearbook of International Law**, v. II, p. 123 e ss., 2011.

OCDE foi levada a debate público, centenas de acordos bilaterais entram em vigor sem qualquer debate⁷⁶⁴.

Apesar de o acordo na OCDE ter falhado, os resultados das negociações devem ser considerados, pois os problemas continuarão na agenda do direito internacional e é provável que servirão de ponto de partida para futuras negociações de um acordo multilateral⁷⁶⁵; o argumento fundamental para os defensores deste acordo continua sendo a necessidade de um nível mais elevado de proteção aos investidores⁷⁶⁶. Em meio às controvérsias que revelaram divergências entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento e o surgimento de novos interesses a serem considerados pelo direito internacional do investimento estrangeiro, a proposta foi abandonada⁷⁶⁷.

3 A estrutura da regulação internacional do investimento estrangeiro

O direito internacional do investimento estrangeiro é uma das áreas que teve crescimento mais rápido no direito internacional⁷⁶⁸. Porém, comparativamente a outros regimes do direito internacional econômico, não há um conjunto organizado de regras. Em seu lugar, existe uma mistura de acordos regionais, bilaterais e tratados multilaterais que correspondem a instrumentos de “governo” referentes à área de investimento⁷⁶⁹.

Um amplo quadro jurídico internacional vem sendo edificado por princípios e regras, de diversas origens e formas, que se distinguem em sua força e especificidade e operam em diversos níveis⁷⁷⁰. A estrutura inclui regras de direito internacional consuetudinário, bilateral, regional e acordos multilaterais, atos de instituições internacionais e textos sem força obrigatória formal, como declarações adotadas pelos Estados ou resoluções de órgãos de

⁷⁶⁴ Ibidem, p. 123 e ss.

⁷⁶⁵ BÖHMER, 1998, p. 270.

⁷⁶⁶ DATTU, R. A journey from Havana to Paris: the fifty-year quest for the elusive multilateral agreement on investment. In: **Fordham International Law Journal**, v. 24, issue 1, p. 278, 2000.

⁷⁶⁷ SORNARAJAH, 2010, p. 27.

⁷⁶⁸ SCHILL, S. W. Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach. In: **Virginia Journal of International Law**, v. 52, n. 1, p. 57-102, 2011.

⁷⁶⁹ TIELEMAN, s.d., p. 3. Até a Segunda Guerra, as disciplinas do comércio internacional e do investimento estrangeiro eram semelhantes. Desde então, o comércio internacional voltou-se ao tratamento dos contratos internacionais, arbitragem comercial, propriedade industrial e outros. O investimento estrangeiro voltou-se às necessidades dos países afetados pela guerra (BRITO, 2004, p. 32).

⁷⁷⁰ TORTIAN, A. Z. **International Investment Agreements and their impact on foreign direct investment: evidence from four emerging central european countries**. 18 jun. 2007. 397 f. Tese (doutorado) - Université Panthéon-Sorbonne Paris I, Paris, 2007. Disponível em: <http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/16/51/94/PDF/Tortian_Annie_these.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014.

organizações internacionais, em interação com e contra o pano de fundo nacional, as regras e os procedimentos legais⁷⁷¹.

Desse modo, o que se denomina “sistema jurídico internacional sobre o investimento estrangeiro” define-se como um conjunto complexo de acordos internacionais que se inter-relacionam⁷⁷². Sustenta-se que surgiu da necessidade de lidar com situações de emergência, pois o tratamento justo e a segurança do investimento internacional foram ameaçados por políticas de expropriação⁷⁷³. A ausência de um sistema especializado de solução de controvérsias e a necessidade de representação diplomática quando os Estados aceitavam a jurisdição internacional contribuíram para a formação da convicção de que a proteção dos investidores deveria ser feita por tratados, o que impulsionou a assinatura de diversos acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos e tratados de livre comércio com capítulos sobre investimento estrangeiro⁷⁷⁴.

Enquanto o multilateralismo domina as relações no direito internacional econômico, em áreas como o comércio internacional e as finanças internacionais; no investimento estrangeiro, a base volta-se aos tratados bilaterais, regionais e setoriais⁷⁷⁵; especialmente com a adoção dos tratados bilaterais, o regime teve um grande impulso⁷⁷⁶. Por isso, muitos assumem um crescimento “explosivo” na adoção desses tratados⁷⁷⁷.

Lehavi e Licht (2011) afirmam que países de todos os níveis de desenvolvimento econômico e em todos os cantos do mundo são partes em tratados bilaterais de investimento⁷⁷⁸. Esses tratados têm transformado a paisagem jurídica global do investimento

⁷⁷¹ Ibidem.

⁷⁷² JUILLARD, P. Bilateral Investment Treaties in the context of Investment Law. In: OECD. **Investment Compact Regional Roundtable on Bilateral Investment Treaties for the Protection and Promotion of Foreign Investment in South East Europe**. Dubrovnik, 2001. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/1894794.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2014.

⁷⁷³ Pauwelyn (2014) sustenta que foram passos, influências e interações que produziram o direito internacional do investimento. Para ele, o sistema possui três características: composição descentralizada, emergência orgânica e, apesar de contestado, dinamicamente estável.

⁷⁷⁴ COSTA, 2010, p. 60.

⁷⁷⁵ Tanto o multilateralismo quanto o bilateralismo são formas de cooperação internacional, e a diferença refere-se ao número de partes que figuram no acordo internacional e a natureza das normas que governam as condutas entre os Estados. No bilateralismo, há relação diádica entre Estados, já o multilateralismo pressupõe coordenação de políticas nacionais em grupos de três ou mais Estados. Além disso, o bilateralismo centra-se na soberania do Estado e permite tratamento preferencial entre os Estados, já o multilateralismo é fundado sobre princípios de conduta generalizáveis e considera os Estados enquanto membros da comunidade internacional, fundada em princípios não discriminatórios (SCHILL, 2009, p. 8-11).

⁷⁷⁶ Substituiu os *Friendship, Commerce and Navigation Treaties* do século XIX, que se destinavam ao tratamento apenas de questões correlatas ao investimento e não do investimento em si (Ibidem, p. 29).

⁷⁷⁷ Ibidem, p. 29.

⁷⁷⁸ Todos os países, exceto Mônaco, já foram ou são parte de ao menos um tratado bilateral de investimento. Muitos têm dezenas de tratados bilaterais de investimento firmados e vários têm mais de uma centena. A Alemanha lidera, com mais de 130 (LEHAVI; LICHT, 2011, p. 115 e ss.).

internacional e, diante de seu grande número, seria seguro admitir que hoje cobrem a maior parte, se não todos, os canais entre países do investimento internacional⁷⁷⁹. Na medida em que se considere o volume um indicador de sucesso, o bilateralismo em matéria de investimentos constitui um dos movimentos de maior êxito na história do direito internacional⁷⁸⁰.

As críticas ao bilateralismo voltam-se ao fato de este estabelecer divisão, falta de uniformidade e imprevisibilidade, permitindo aos mais fortes tirar proveito dos mais fracos⁷⁸¹. Argumenta-se que muitos acordos bilaterais são concluídos para promover objetivos políticos estratégicos⁷⁸². Para os Estados receptores, o tratado bilateral revela maior confiança aos investidores, pois significa a manifestação de um compromisso acrescido no cumprimento das obrigações assumidas. Já para os países exportadores de capital significa a redução dos riscos, ou seja, a recusa do Estado receptor em aplicar a lei nacional ao investidor estrangeiro⁷⁸³.

Para os defensores do bilateralismo, os acordos permitem estruturar regimes conforme as necessidades e os interesses do Estado e somente eles oferecem plena reciprocidade. Afirma-se, ainda, que os acordos bilaterais têm uma vida útil limitada, por dez ou vinte anos, após o que o Estado não estaria mais obrigado ao tratado. Além disso, os Estados poderiam denunciar os tratados mediante comunicação prévia, ou renegociá-los, já que o número de partes é menor⁷⁸⁴. A oposição ao regime global de investimento baseia-se na perda de soberania no domínio econômico, o que reduziria o poder de regulação dos Estados e a capacidade de adotar políticas segundo as necessidades de cada país⁷⁸⁵.

De todo modo, há uma rede de milhares de tratados bilaterais, muitos com disposições similares, enquanto que as negociações sobre um tratado global de investimento estrangeiro não estão na agenda de organização internacional alguma⁷⁸⁶. Tradicionalmente, há três categorias de instrumentos internacionais de investimentos: (i) os destinados à implantação da

⁷⁷⁹ LEHAVI, A.; LICHT, A. BITS and Pierces of Property. In: **The Yale Journal of International Law**, v. 36, n. 1, p. 119, 2011.

⁷⁸⁰ *Ibidem*, p. 119.

⁷⁸¹ REICH, A. Bilateralism versus Multilateralism in International Economic Law: Applying the Principle of Subsidiarity. **Bar Ilan University Pub Law Working Paper**, n. 14-09, 16 out. 2009. Disponível em: <http://www.law.utoronto.ca/documents/conferences2/Trebilcock09_Reich.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2014.

⁷⁸² *Ibidem*, p. 12-19.

⁷⁸³ QUADROS, F. de. **A protecção da propriedade privada pelo direito internacional público**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 53.

⁷⁸⁴ SUBEDI, S. P. **International Investment Law: reconciling policy and principle**. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 195.

⁷⁸⁵ SEID, 2008, p. 110.

⁷⁸⁶ SUBEDI, 2008, p. 196.

livre circulação de capitais, (ii) os de proteção aos investimentos estrangeiros e (iii) os de promoção do desenvolvimento⁷⁸⁷.

Os primeiros partem da noção de que o desenvolvimento econômico dos Estados exige essa liberdade, como o Código da OCDE de Liberalização dos Movimentos de Capital. Outros, como a Convenção de Washington, que instituiu o Centro para Solução de Controvérsias de Investimento e a proposta de Acordo Multilateral de Investimentos, buscam garantir proteção plena aos investimentos e fundamentam-se na necessidade de restaurar a confiança dos investidores por conta da sucessão histórica de expropriações e nacionalizações⁷⁸⁸. Por fim, para promover o investimento estrangeiro, há instrumentos que permitem a transferência de recursos dos países exportadores de capital para países importadores de capital, que oferecem garantias contra riscos políticos, como a Convenção de Seul, que originou a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos⁷⁸⁹.

4 As fontes do direito internacional do investimento estrangeiro

Diante da complexidade do direito internacional do investimento estrangeiro, sua regulação é composta por fontes de direito interno, que consistem nas regras do país receptor aplicadas aos investimentos realizados em seu território, e de direito internacional, desenvolvidas no contexto internacional pelos Estados e pelas organizações internacionais, a fim de harmonizar o tratamento dos investimentos pelos Estados⁷⁹⁰.

Essa análise centra-se nas fontes internacionais do direito do investimento estrangeiro, que, segundo o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, são: “a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d) as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito”⁷⁹¹.

4.1 O costume internacional

⁷⁸⁷ CARREAU, D.; JUILLARD, P. **Droit International Économique**. 2. ed. Paris: Dalloz, 2005.

⁷⁸⁸ DIAS, 2010, p.27.

⁷⁸⁹ Ibidem, p. 27.

⁷⁹⁰ Ibidem, p. 47.

⁷⁹¹ Por opção metodológica, serão analisadas nesta sequência: costume internacional, princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas, decisões judiciais e doutrina internacional, convenções internacionais e contratos de investimento.

O costume internacional define-se como uma prática uniforme e reiterada adotada pelos membros da comunidade internacional em suas relações, acompanhada pelo sentido de obrigatoriedade⁷⁹². Dessa definição extraem-se dois elementos, um objetivo, relacionado à prática geral, uniforme e reiterada, e outro psicológico, que se refere à convicção de que a prática é necessária e obrigatória⁷⁹³.

No âmbito do investimento estrangeiro, existem poucas matérias que constituem costume internacional⁷⁹⁴. No direito internacional clássico, o que se conhece na atualidade como proteção do investimento estrangeiro não se encontrava codificado e voltava-se ao tratamento da propriedade de estrangeiros pelo Estado receptor pelas regras sobre responsabilidade internacional do Estado por atos de violação ao direito internacional e ao exercício da proteção diplomática pelo Estado da nacionalidade do estrangeiro⁷⁹⁵.

Atualmente, não se questiona que os Estados têm o direito de dar apoio diplomático a seus cidadãos em outros Estados. Ao mesmo tempo, os estrangeiros devem obedecer às leis do Estado receptor, ou seja, têm de aceitar os mesmos direitos e obrigações existentes para os cidadãos do país de acolhimento e não há possibilidade de o Estado receptor isentar os estrangeiros de sua jurisdição⁷⁹⁶. Essas regras diplomáticas trouxeram o conceito de que o investidor estrangeiro é obrigado a obedecer ao Estado receptor em troca da proteção de sua propriedade e da permissão para exercer atividades comerciais no território do Estado receptor⁷⁹⁷. Entre as regras de costume ainda está a de que se a propriedade for tomada pelo Estado receptor, deverá haver pagamento de compensação, embora não exista consenso sobre como essa deverá ser calculada⁷⁹⁸. Há quem sustente a existência de padrões internacionais mínimos de proteção ao investimento estrangeiro, no entanto, inexistente consenso quanto a isso⁷⁹⁹.

As tentativas de codificação das regras costumeiras encontraram problemas por sua imprecisão e fragilidade operacional, já que os Estados, quando em litígio, tendem a enunciá-las a seu modo⁸⁰⁰. Diante disso, os países exportadores de capital, desde a Segunda Guerra,

⁷⁹² BRITO, 2014, p. 134 e ss.

⁷⁹³ Ibidem, p. 134 e ss.

⁷⁹⁴ SORNARAJAH, 2010, p. 82.

⁷⁹⁵ COSTA, 2010, p. 61.

⁷⁹⁶ KONONOV, 2011, p. 124-125.

⁷⁹⁷ Ibidem, p. 124-125.

⁷⁹⁸ Ibidem, p. 82. Embora exista forte evidência de que o costume internacional exige o pagamento de compensação pela nacionalização de bens do investidor, não há padrões sobre como deve ser realizada (SALACUSE; SULLIVAN, 2005, p. 67 e ss.).

⁷⁹⁹ COSTA, 2010, p. 64.

⁸⁰⁰ DIAS, 2010, p. 48.

têm se esforçado para desenvolver regras internacionais para facilitar e proteger os investimentos dos nacionais no estrangeiro⁸⁰¹. Assim, os tratados bilaterais tornaram-se a fonte por excelência na área do investimento estrangeiro⁸⁰².

Embora alguns defendam que previsões semelhantes nos tratados bilaterais de investimento dão origem a uma nova norma de direito consuetudinário com o mesmo conteúdo, a Comissão sobre a formação de direito consuetudinário internacional da Associação de Direito Internacional manifestou-se de modo contrário. A menos que possa ser demonstrado que a previsão possui uma aceitação generalizada quanto ao conteúdo das regras estabelecidas fora do tratado, não se pode concluir pela existência de costume⁸⁰³. No caso *UPS v. Canadá*⁸⁰⁴, o tribunal considerou que os diversos tratados bilaterais para a proteção do investimento variam em suas obrigações substantivas; embora sejam em grande número, sua cobertura é limitada, e não há indicação de que refletem um sentimento geral de obrigação.

4.2 Os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas

Os princípios gerais de direito são relevantes quando se trata de decidir questões para as quais não há regras convencionais ou consuetudinárias suscetíveis de mobilização para a resolução da disputa internacional concreta⁸⁰⁵. Uma vez que as convenções e os costumes estão mais ligados a circunstâncias de tempo e lugar, nunca se esgotará a necessidade de recurso aos princípios gerais de direito. Ainda que a multiplicação recente das convenções e o rejuvenescimento dos costumes tenham tornado menos necessário o recurso aos princípios, em alguns setores, como o das relações econômicas, as deficiências e as imprecisões de regulamentação apenas podem ser compensadas pela aplicação dos princípios gerais de direito⁸⁰⁶.

No âmbito do investimento estrangeiro, os princípios são baseados em princípios gerais de direito⁸⁰⁷. Alguns — como boa-fé, contraditório, *onus probandi*⁸⁰⁸, coisa julgada,

⁸⁰¹ SALACUSE, J. W.; SULLIVAN, N. P. BITS really work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain. In: **Harvard International Law Journal**, v. 46, n. 1, p. 70, winter 2005.

⁸⁰² *Ibidem*, p. 70.

⁸⁰³ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. **Report of the Sixty-ninth Conference**. London Conference, 2000. Disponível em: <<http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>>. Acesso em: 02 maio 2014.

⁸⁰⁴ United Parcel Service of America Inc. vs. Government of Canada (UNCITRAL, Julgamento em 22/11/2002).

⁸⁰⁵ MACHADO, 2006, p. 120-121.

⁸⁰⁶ MONCADA, A. C. de. **Curso de Direito Internacional Público**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 298-299.

⁸⁰⁷ SORNARAJAH, 2010, p. 85.

⁸⁰⁸ DOLZER, R.; SCHEREUER, C. **Principles of International Investment Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 18.

pacta sunt servanda, devido processo legal, igualdade das partes⁸⁰⁹, da soberania e da nacionalidade⁸¹⁰ — refletem na disciplina dos investimentos estrangeiros. Embora não seja conveniente estabelecer um rol dos princípios gerais de direito, pois estão em processo de evolução, o conteúdo dos princípios deve ser estabelecido com base em uma averiguação comparativa dos principais sistemas legais⁸¹¹.

O princípio da soberania é, dentre os demais, aquele consentido sem ressalvas e que conta com o apoio de todos os grupos de Estados, independentemente de ideologia, tendência política ou outras circunstâncias. Trata-se de princípio em que se incluem amplos poderes do Estado, entre os quais o de exercer autoridade sobre as pessoas que vivem em seu território, o de usar livremente e dispor de seu território, o direito de não ter o território invadido por outro Estado, a imunidade de jurisdição de tribunais estrangeiros para atos ou ações realizadas pelo Estado em sua capacidade soberana, o direito à imunidade para os representantes do Estado que estejam atuando oficialmente e o direito ao respeito pela vida e pela propriedade dos nacionais do Estado e dos oficiais do Estado no estrangeiro⁸¹².

Do mesmo modo, o fundamento para o pagamento de compensação diante da expropriação de bens de propriedade de estrangeiros é baseado em argumentos relacionados a princípios como o da nacionalidade, em que se reconhece que cada Estado tem interesse que seus nacionais e que a propriedade destes no exterior recebam tratamento apropriado⁸¹³, do enriquecimento sem causa e do direito adquirido como princípios gerais de direito, assim como as noções de equidade⁸¹⁴.

O tribunal (Centro Internacional para a Resolução de Disputas sobre Investimentos - ICSID) já decidiu que os princípios poderão ser utilizados para fundamentar uma decisão que vise negar proteção a investimentos ilegais, com base na boa-fé, pois a ilegalidade dos investimentos corresponde à violação desse princípio⁸¹⁵. No caso *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*⁸¹⁶, diante do Tratado da Carta de Energia decidiu-se que a existência da cláusula

⁸⁰⁹ GAZZINI, T. General Principles of Law in the Field of Foreign Investment. In: **The Journal of World Investment and Trade**, v. 10, n. 1, p. 103-119, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1763365>>. Acesso em: 13 maio 2014.

⁸¹⁰ DIAS, 2010, p. 50.

⁸¹¹ GAZZINI, 2009, p. 111.

⁸¹² CASSESE, 2006, p. 48-52.

⁸¹³ DIAS, 2010, p. 51.

⁸¹⁴ SORNARAJAH, 2010, p. 85.

⁸¹⁵ ČERNÝ, F. Short Flight of the Phoenix: a few thoughts on good faith, the abuse of rights and legality in investment arbitration. In: **Czech Yearbook of International Law**, v. III, p. 183 e ss., 2012.

⁸¹⁶ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID, Caso n. ARB/03/24).

não é pré-requisito para os tribunais negarem proteção a investimentos ilegais por conta do princípio da boa-fé.

Os tribunais também têm utilizado os princípios para estabelecer o sentido do padrão de tratamento justo e equitativo, invocado como o mais importante nas disputas envolvendo o investimento estrangeiro⁸¹⁷. Nessa linha, o ICSID apontou que o padrão de tratamento justo e equitativo abrange o princípio de que o Estado tem que agir de modo transparente, de boa-fé, que sua conduta não pode ser arbitrária, manifestamente abusiva, injusta, discriminatória ou contrária ao devido processo. A jurisprudência confirma que, para cumprir com esse padrão, o Estado deve respeitar as expectativas legítimas e razoáveis dos investidores⁸¹⁸.

Portanto, os princípios gerais de direito perfazem, no direito internacional do investimento estrangeiro, as mesmas funções que detêm no direito internacional e, com maior ênfase, inspiram a interpretação dos tratados, auxiliam a definição de seu conteúdo e podem preencher lacunas⁸¹⁹. Černý (2010, p. 188) salienta que os princípios não vinculam apenas os investidores, mas todo o sistema do investimento estrangeiro. Com efeito, os tribunais arbitrais têm utilizado os princípios gerais de direito, porém, muitas vezes, isso tem ocorrido de forma inaceitável pelos Estados, pois frequentemente são escolhidas regras que favorecem a proteção do investimento em detrimento dos interesses do Estado receptor⁸²⁰.

4.3 As decisões judiciais e a doutrina internacional

As decisões judiciais são uma fonte subsidiária do direito internacional, com influência na definição dos princípios desse direito⁸²¹. A proliferação de tribunais internacionais, a acumulação de decisões e a frequência com que tais tribunais remetem às decisões uns dos outros têm conferido maior importância à análise da jurisprudência para determinação do modo como as normas são interpretadas e aplicadas⁸²².

Na área do investimento estrangeiro, quatro decisões destacam-se. A primeira, do caso *Chorzów Factory*, continua sendo base para as questões de compensação decorrentes de

⁸¹⁷ GAZZINI, 2009, p. 116.

⁸¹⁸ *Ibidem*, p. 116.

⁸¹⁹ *Ibidem*, p. 116.

⁸²⁰ Sornarajah (2010) exemplifica com as normas sobre a inviolabilidade dos contratos, que negam ao Estado o direito de alterar um contrato de investimento estrangeiro unilateralmente com base na noção de que a inviolabilidade dos contratos refere-se a um princípio geral de direito. Embora esse princípio seja originário dos sistemas contratuais do século XIX e que tal doutrina tenha sido superada, os tribunais arbitrais continuam seguindo-o, a demonstrar que a escolha das normas volta-se à que confere maior proteção ao investimento.

⁸²¹ *Ibidem*, p. 87.

⁸²² MACHADO, 2006, p. 125.

expropriação de bens de estrangeiros; a segunda, do caso *Barcelona Traction*, relativo à nacionalidade das empresas e à proteção diplomática dos acionistas; a terceira, do caso *Elsi*, sobre questões como o montante a ser pago no caso de expropriação, e a quarta, do caso *Diallo v. Congo* relacionada à questão da nacionalidade da empresa, que confirmou a decisão do caso *Barcelona Traction*⁸²³. Servem, portanto, de referência às demais instâncias jurisdicionais e arbitrais internacionais⁸²⁴.

Embora não se aplique a doutrina do precedente no direito internacional, os tribunais de investimento tendem a seguir decisões já adotadas sobre o mesmo assunto, nas mesmas circunstâncias e a desenvolver uma jurisprudência constante para ampliar a estabilidade e a previsibilidade, o que leva à conclusão de que usam os casos frequentes como meio para estabelecer uma presunção em favor de um resultado⁸²⁵. No caso *Saipem S.p.A. v. Bangladesh*⁸²⁶, o tribunal considerou que não está vinculado às decisões anteriores, mas manifestou a opinião de que se deve prestar a devida consideração a decisões anteriores dos tribunais internacionais. Daí a referência a um dever de contribuir com um desenvolvimento harmonioso do direito internacional, afirmando-se que, salvo diante de motivos contrários convincentes, o tribunal tem o dever de adotar soluções consistentes com as estabelecidas em casos semelhantes⁸²⁷.

Outra fonte subsidiária do direito internacional é a doutrina internacional. Conforme Hirsch (2011, p. 22), não se verificam muitas referências do TIJ às opiniões dos juristas, senão nos votos individuais dos juízes. Entretanto, trata-se de fonte relevante de organização e análise do direito internacional. Nas arbitragens de investimento, pode-se constatar a referência à doutrina, especialmente na interpretação de tratados e questões relacionadas às normas oriundas do direito consuetudinário internacional⁸²⁸.

4.4 As convenções internacionais

4.4.1 As convenções multilaterais

⁸²³ SORNARAJAH, 2010, p. 87.

⁸²⁴ MACHADO, 2006, p. 125.

⁸²⁵ HIRSCH, M. Sources of International Investment Law. In: **International Law Association Study Group on the Role of Soft Law Instruments in International Investment Law**, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1892564>>. Acesso em: 20 maio 2014.

⁸²⁶ Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh (ICSID Caso n. ARB/05/7).

⁸²⁷ SWEET, A. S. Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier. **Faculty Scholarship Series**, Yale University, Paper 69, 2010. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/69>. Acesso em: 10 maio 2014.

⁸²⁸ *Ibidem*, p. 22.

Os tratados multilaterais são caracterizados como fontes do direito internacional, pois evidenciam a aceitação de um princípio deste direito pelas partes subscritoras. No direito internacional do investimento estrangeiro não há tratados relevantes firmados entre um grande número de Estados capaz de fornecer um conjunto de normas codificadas sobre a matéria⁸²⁹.

O primeiro esforço nesse sentido foi conduzido pela Sociedade Alemã para o Avanço da Proteção do Investimento Estrangeiro e resultou em um documento assinado pelo doutor Hermann Abs, presidente do Deutsche Bank. Algum tempo depois, um grupo de advogados britânicos capitaneados por Lord Shawcross, ex-procurador-geral do Reino Unido, criou outro projeto, a Convenção de Investimento Estrangeiro. Foi a fusão dos documentos que resultou na Convenção Abs-Shawcross sobre Investimentos no Exterior, de 1959⁸³⁰. Esse documento procurou estabelecer princípios que eram completamente favoráveis aos países exportadores de capital, mas inaceitáveis para os países em desenvolvimento⁸³¹. O projeto não prosperou, pois foi apresentado em um período em que despontavam as discussões sobre o direito ao desenvolvimento⁸³².

As dificuldades em estruturar uma convenção multilateral levaram a OCDE, nos anos 1970 e 1980, a centrar-se em instrumentos não vinculativos, em especial os códigos de Liberalização de Movimentos de Capital e de Liberalização de Operações Correntes de Invisíveis, os quais resultaram das decisões do Conselho da OCDE e são adotados pelos Estados-membros para incentivar a liberalização e a integração dos mercados⁸³³. A última tentativa foi levada a cabo na década de 1990, quando se pretendia a produção de um instrumento internacional vinculante para a proteção e liberalização dos investimentos estrangeiros, que culminou na proposta do Acordo Multilateral sobre Investimentos⁸³⁴.

Entre as poucas convenções bem-sucedidas está a de Washington, que criou o ICSID, que se destina à solução de controvérsias entre Estados e investidores estrangeiros, sem que seja necessário o recurso à proteção diplomática dos Estados de origem⁸³⁵. Trata-se de uma convenção processual⁸³⁶, formulada pelos diretores executivos do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (atual BM), voltada à remoção de obstáculos aos fluxos

⁸²⁹ SORNARAJAH, 2010, p. 79.

⁸³⁰ COSTA, 2010, p. 104.

⁸³¹ SORNARAJAH, 2010, p. 80.

⁸³² COSTA, 2010, p. 105.

⁸³³ Ibidem, p. 108.

⁸³⁴ Ibidem, p. 114.

⁸³⁵ DIAS, 2010, p. 73.

⁸³⁶ SORNARAJAH, 2010, p. 80.

internacionais de investimento, colocada por riscos não comerciais e pela ausência de métodos internacionais especializados para a resolução de litígios de investimento. Foi criado como um fórum internacional imparcial apto a fornecer maior comodidade para a resolução de litígios, por meio de procedimentos de conciliação ou arbitragem⁸³⁷.

Também por iniciativa do BM, foi celebrada a Convenção de Seul, pela qual se criou a Agência Multilateral de Garantia para Investimentos. A convenção entrou em vigor em abril de 1988⁸³⁸, e entre seus objetivos estão a promoção de investimentos privados nos países em desenvolvimento pela concessão de garantias aos investidores de países-membros contra riscos não comerciais, além de buscar restaurar o clima de confiança entre os países⁸³⁹. Os seguros são feitos em favor dos investidores, prevendo garantias diante de riscos políticos⁸⁴⁰ que possam prejudicar os investimentos⁸⁴¹, principalmente em regiões com pouca estabilidade⁸⁴².

No âmbito dos instrumentos de *soft law*, o BM desenvolveu, em 1992, as Diretrizes para o Tratamento do Investimento Estrangeiro Direto, que partem do pressuposto de que tal modalidade de investimento traz benefícios aos Estados receptores, sem, contudo, fazer referência aos efeitos adversos. Trata-se de documento que contempla grande parte do que está disposto nos Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, especialmente questões sobre a admissão do investimento, os padrões de tratamento, a repatriação de capitais e a remessa de lucros, a expropriação e os padrões de compensação, adotando-se, em todos os casos, a configuração mais liberal. Entretanto, foi mais um instrumento não vinculante que buscava incentivar a assinatura e a ratificação dos Acordos de Proteção e Promoção Recíproca de Investimentos⁸⁴³.

Existem diversos acordos regionais sobre investimento estrangeiro. As previsões mais fortes são as contidas no Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA), firmado entre Canadá, México e EUA, e que tem o Chile como associado. Foi o primeiro tratado

⁸³⁷ ICSID. **About CSID**. S/d. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/AboutICSID_Home.jsp>. Acesso em: 08 maio 2014.

⁸³⁸ WORLD BANK GROUP. **MIGA Convention**. S/d. Disponível em: <<http://www.miga.org/whoweare/index.cfm?stid=1788>>. Acesso em: 01 maio 2014

⁸³⁹ DIAS, 2010, p. 73.

⁸⁴⁰ Há o reconhecimento de que o ambiente dos países em desenvolvimento é muito menos seguro que o ambiente doméstico do investidor e que as empresas estão expostas a riscos políticos. Por isso, admite-se que possam beneficiar-se de um apoio público nas operações de investimento estrangeiro direto (ALCABAS; BOURCIEU; VALERSTEINAS, 2000, p. 19-22).

⁸⁴¹ Conforme o Relatório Anual de 2013, somente naquele ano, a MIGA emitiu um volume de US\$ 2,8 bi em garantias contra riscos políticos (MIGA, 2013).

⁸⁴² COSTA, 2010, p. 92.

⁸⁴³ *Ibidem*, p. 93 - 95.

regional a conter disposições sobre investimentos e um mecanismo de disputas de investimento⁸⁴⁴; as previsões sobre investimento estrangeiro constam da parte cinco, que dispõe sobre serviços e questões relacionadas. Em seu capítulo onze, o documento traz uma regulamentação específica sobre o tratamento dos investimentos estrangeiros; as previsões seguem o modelo de tratado bilateral de investimentos dos EUA⁸⁴⁵.

O Acordo de Investimento da Associação das Nações do Sudeste Asiático para a promoção e proteção dos investimentos foi assinado em 1987 entre os seis países da ASEAN e foi alterado em 1996, quando o Vietnã tornou-se membro e aderiu ao acordo. O dispositivo não é diferente, na forma, dos acordos bilaterais habituais; trata-se de documento que exige que os investimentos sejam protegidos nos termos do contrato, devendo ser aprovados por escrito, registrados pelo país anfitrião e sujeitos às condições que este julgar adequadas para o efeito do acordo. Os países da ASEAN têm mantido posição forte para preservar a soberania nas políticas e nas disposições sobre essa matéria⁸⁴⁶.

Na União Europeia, a política comercial comum constitui um dos principais instrumentos das relações externas comunitárias (art. 207º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE) e é da competência exclusiva da União (art. 3º do TFUE). Isso implica uma gestão uniforme das relações comerciais com países terceiros, através de uma pauta aduaneira comum e de regimes comuns relativos às importações e às exportações. Nesse sentido, o Tratado de Lisboa alarga a política comercial comum ao investimento direto estrangeiro⁸⁴⁷. A liberdade de circulação de capitais, cujo conceito adensou-se com a lista do anexo I da Diretiva 88/361/CEE, já compreendia os investimentos sob a forma de participação que conferem a possibilidade de participar na gestão e no controle da empresa (investimento direto) e a aquisição de títulos no mercado de capitais efetuada com a única intenção de realizar uma aplicação financeira sem pretender influenciar na gestão e no controle da empresa (investimento em carteira)⁸⁴⁸. Em 2010, foram lançadas duas iniciativas na matéria por meio de dois documentos: o intitulado “Para uma política de investimento internacional abrangente na Europa”, que analisa de que forma a política de investimento pode contribuir para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo e para as metas da Estratégia Europa 2020, e, em segundo, uma proposta de regulamento que estabelecerá disposições transitórias

⁸⁴⁴ DATTU, 2000, p. 305.

⁸⁴⁵ SORNARAJAH, 2010, p. 80.

⁸⁴⁶ THANADSILLAPAKUL, L. **ASEAN Bilateral Investment Agreements**. S.l., s.d. Disponível em: <<http://asialaw.tripod.com/articles/aseanbit3.html>>. Acesso em: 04 maio 2014.

⁸⁴⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Políticas Comerciais**. Bruxelas, s.d. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/commercial_policy_pt.htm>. Acesso em: 02 maio 2014.

⁸⁴⁸ MACHADO, 2006, p. 361.

com relação aos acordos bilaterais em matéria de investimento celebrados pelos países da UE antes do Tratado de Lisboa⁸⁴⁹.

Sobre essa base, os órgãos da União consideram a incorporação de regras de proteção do investimento estrangeiro nos acordos de livre comércio firmados com os principais parceiros comerciais da Europa, que, por consequência, parecem considerar pôr um fim aos tratados bilaterais entre Estados-membros e outros Estados já que, nesse contexto, não teriam sentido⁸⁵⁰. Contudo, a transferência de competência não é tão simples por conta da amplitude de obrigações que derivam para os Estados-membros da celebração de tratados bilaterais com outros Estados, inclusive sua capacidade para responder às responsabilidades que decorrem desses instrumentos em matéria de solução de controvérsias⁸⁵¹.

No Mercado Comum do Sul (Mercosul), firmado originariamente por Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, a tentativa de regular o investimento estrangeiro deu-se com o Protocolo de Colônia para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos no Mercosul, no que se refere aos investimentos realizados por membros do bloco no território de outro membro. E, ainda, o Protocolo de Buenos Aires, que se aplica aos investimentos realizados por investidores originários de Estados não membros no território de um membro⁸⁵². O panorama normativo do Mercosul relacionado aos investimentos modificou-se em 2010, com a derrogação das decisões CMC n. 11/93 — Protocolo de Colônia — e CMC n. 11/94 — Protocolo de Buenos Aires —, e aprovação das diretrizes para celebração de um acordo de investimentos para a região⁸⁵³. Dentre as diretrizes para a celebração do acordo foram fixados o âmbito de aplicação, as obrigações principais das partes, as regras de tratamento nacional e transparência e os limites da regulamentação nacional. Essa nova proposta busca deixar uma margem maior de atuação e aplicação do direito nacional dos Estados do que os protocolos derogados⁸⁵⁴.

⁸⁴⁹ UNIÃO EUROPEIA. **Novo pacote de investimento da UE para dinamizar o comércio e reforçar os direitos dos investidores**. Bruxelas, 07 jul. 2010. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-907_pt.htm>. Acesso em: 02 maio 2014.

⁸⁵⁰ POULAIN, B.; RAUX, M. Actualité du droit européen des investissements internationaux. In: **Revue Générale de Droit International Public**, p. 113-138, 2011.

⁸⁵¹ Ibidem, p. 113-138.

⁸⁵² DIAS, 2010, p. 79. No Mercosul, a origem dos investimentos deve-se principalmente às políticas de privatização, que atraem investimentos da Europa e dos EUA. O destino preferencial é o setor de serviços e atividades ligadas a recursos naturais (SUÑÉ; VASCONCELOS, 2013, p. 195-220).

⁸⁵³ SUÑÉ, N.; VASCONCELOS, R. C. Inversiones y Solución de Controversias en el MERCOSUL. In: **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, ano 1, n. 2, p. 195-220, 2013, p. 213.

⁸⁵⁴ Ibidem, p. 214.

Outra iniciativa com a pretensão de eliminar barreiras no Continente Americano é a Área de Livre Comércio das Américas (ALCA). Trata-se de proposta que se deparou com inúmeras discussões pelas desigualdades entre os países e suas concepções acerca das disposições sobre o tratamento do investimento estrangeiro. A proposta dos países do NAFTA para a ALCA assemelha-se à estrutura do capítulo 11 do NAFTA, que somente foi alcançada com alterações na legislação dos países que o formaram, como no caso do México e do Canadá⁸⁵⁵. Além disso, alguns afirmavam tratar-se de uma iniciativa desvantajosa para os demais países, pois uma integração nesse formato produziria a diminuição dos investimentos dos EUA nos demais países, já que a inexistência de tarifas faria com que as empresas norte-americanas vendessem seus produtos para os outros membros sem a necessidade de investimentos diretos⁸⁵⁶.

Finalmente, quanto aos acordos regionais, há que se observar que, mesmo na África, caracterizada por sua histórica oposição à liberalização do investimento estrangeiro, é possível encontrar acordos regionais de investimento⁸⁵⁷.

Cumprido referir a existência de alguns tratados sobre comércio internacional que também contêm disposições sobre investimentos. Apesar das diferenças no tratamento do investimento estrangeiro e do comércio internacional⁸⁵⁸, alguns acordos que envolvem a temática possuem disposições sobre investimentos, como o Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (TRIMS), que faz referência às medidas de investimento relacionadas ao comércio de bens, e o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS), que se aplica aos investimentos em serviços. O primeiro protege os investimentos de certos tipos de exigências de desempenho que possam ter efeitos prejudiciais sobre as trocas comerciais, enquanto o segundo reconhece o investimento estrangeiro direto como uma das quatro espécies de fornecimento de serviços⁸⁵⁹, em que seus membros firmam

⁸⁵⁵ DIAS, 2010, p. 80.

⁸⁵⁶ VIGEVANI, T.; MARIANO, M. P. **ALCA**: o gigante e os anões. São Paulo: Editora SENAC: São Paulo, 2003, p. 100.

⁸⁵⁷ DATTU, 2000, p. 305-310.

⁸⁵⁸ O comércio internacional tem sido regulado multilateralmente desde 1947, através do que hoje é a OMC, enquanto milhares de acordos bilaterais de investimento caracterizam a matéria. Centenas de regras sofisticadas disciplinam o comércio internacional, enquanto princípios protegem o investimento, muitos derivados de normas consuetudinárias. Os acordos relativos ao comércio internacional são aplicados exclusivamente entre Estados, com sanções comerciais recíprocas como medidas de último recurso, enquanto, pelos tratados de investimento, empresas privadas têm legitimidade para reclamar indenizações dos Estados receptores. Ainda, as disputas que cruzam a fronteira entre os regimes são cada vez mais comuns, e novas sobreposições nos tratados começaram a surgir; os investidores já perceberam que podem converter disputas comerciais em disputas de investimento, com potencial de receber indenizações elevadas pelas condições mais benéficas nas disputas de investimento (DIMASCIO; PAUWELYN, 2008, p. 48 e ss.).

⁸⁵⁹ SEID, 2008, *cit.*, p. 58.

compromissos de abrir os mercados à concorrência estrangeira em setores específicos, importantes para a liberalização do investimento estrangeiro.

Ainda são encontradas disposições sobre o investimento estrangeiro no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), que trata da proteção à propriedade intelectual dos investidores estrangeiros⁸⁶⁰. Busca-se proteger a transferência de tecnologia que acompanha parte dos investimentos estrangeiros para as subsidiárias nos países de acolhimento, removendo outra fonte de insegurança e promovendo a transferência de tecnologia⁸⁶¹.

No âmbito dos setores específicos, destaca-se o Tratado da Carta de Energia (TCE) que estabelece um quadro multilateral para a cooperação energética, compreendendo o comércio, o investimento e o trânsito de energia. Trata-se de acordo de promoção de investimentos estrangeiros diretos no setor energético, protegendo os investimentos contra riscos políticos no país receptor, como discriminação, expropriação, perdas resultantes de conflitos, restrições de transferência e ruptura individual dos contratos de investimento. Além disso, contém um mecanismo detalhado de solução de controvérsias, abrangendo tanto a arbitragem entre investidor-Estado quanto a entre Estados⁸⁶².

Constata-se uma tendência com as propostas de tratados de investimento estrangeiro entre os maiores grupos econômicos globais (*intragroup investment*), especialmente a Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*)⁸⁶³, a Parceria Trans-Pacífico (*Trans-Pacific Partnership*)⁸⁶⁴ e a Parceria Econômica Global Regional (*Regional Comprehensive Economic Partnership*)⁸⁶⁵. Essas parcerias e acordos têm suscitado críticas e protestos geralmente atrelados ao sigilo das negociações, severidade de algumas disposições e ao potencial de debilitar a proteção dos direitos humanos por limitar o poder regulatório dos Estados e por submeter as controvérsias

⁸⁶⁰ DAMROSCH, L. F. et al. **International law: cases and materials**. 4. ed. Saint Paul: West Group, 2001, p. 1615.

⁸⁶¹ DATTU, 2000, p. 294.

⁸⁶² RIGONI, G. M. A regulamentação dos Investimentos Internacionais no Tratado da Carta da Energia. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 51, p. 116-129, jul.-dez. 2007. Ver Hobér e Dahlquist (2013).

⁸⁶³ Proposta de parceria comercial e de investimento entre os EUA e a EU, objeto de intensas discussões desde 2013. COMISSÃO EUROPEIA. **How we'll make TTIP happen**. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/about-ttip/process/>>. Acesso em 18 out. 2015.

⁸⁶⁴ Acordo assinado em 4 de fevereiro de 2016 entre Austrália, Brunei, Canadá, Chile, Japão, Malásia, México, Nova Zelândia, Peru, Cingapura, EUA e Vietnã (UNCTAD, 2016, p. 11).

⁸⁶⁵ Proposta de acordo de livre comércio envolvendo dez membros da ASEAN (Brunei, Camboja, Indonésia, Malásia, Laos, Mianmar, Filipinas, Cingapura, Tailândia e Vietnã) e seis outros Estados parceiros (Austrália, China, Índia, Japão, Coreia do Sul e Nova Zelândia) (UNCTAD, 2016, p. 11).

ao sistema da arbitragem de investimentos⁸⁶⁶. Por isso, algumas negociações têm enfrentado grande resistência⁸⁶⁷.

Diante da inexistência de um único tratado de investimento global a dispor sobre todos os aspectos do investimento estrangeiro⁸⁶⁸, a análise de sua regulação deve ter em conta a multiplicidade de instrumentos e suas implicações. Trata-se de um universo complexo e que, apesar das discussões que têm suscitado, continua a crescer: em 2015, 31 novos acordos foram concluídos⁸⁶⁹. Apesar do decréscimo no número anual de novos tratados, os que foram firmados envolvem um grande número de partes e possuem um peso econômico e político significativo⁸⁷⁰, razão pela qual suas principais disposições precisam ser compreendidas e avaliadas.

4.4.2 Os tratados bilaterais e suas principais disposições

Os tratados bilaterais constituem o principal modo como o direito internacional do investimento estrangeiro tem se estruturado. O primeiro país a adotar tais dispositivos foi a Alemanha, em 1959, seguida da Suíça, em 1961, e, desde então, espalharam-se pelo mundo⁸⁷¹. A existência de um tratado entre o Estado de origem do investidor e o Estado receptor dos investimentos protege aquele na medida em que a violação ao tratado é considerada uma violação do direito internacional sobre o princípio *pacta sunt servanda*. Assim, um Estado que exproprie um bem de um investidor, em violação a um tratado, incorre em responsabilidade para com o Estado de origem do investidor, ao qual se permite utilizar os mecanismos previstos no direito internacional contra o ofensor⁸⁷².

O tratado bilateral de investimento prevê mecanismos para o investidor que não existem no direito consuetudinário internacional, como cláusulas de arbitragem para a hipótese de conflitos oriundos da relação entre investidor e Estado receptor⁸⁷³. O principal

⁸⁶⁶ THE GUARDIAN. **UN calls for suspension of TTIP talks over fears of human rights abuses**. Londres, 04 maio 2015. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/global/2015/may/04/ttip-united-nations-human-right-secret-courts-multinationals?>>. Acesso em 23 jul. 2015.

⁸⁶⁷ Esses novos tratados são tentativas de estabelecer um governo corporativo absoluto, sem lugar para os direitos das pessoas, os direitos da natureza, a democracia, as constituições nacionais e a soberania nacional (SHIVA, 2016, p. X).

⁸⁶⁸ SEID, 2008, p. 58.

⁸⁶⁹ UNCTAD, 2016, p. XII.

⁸⁷⁰ Ibidem, p. XII.

⁸⁷¹ SCHREUER, Christoph. Investments, International Protection. In: **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**. 2011. Disponível em: <www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/investments_Int_Protection.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2014.

⁸⁷² COMEAUX; KINSELLA, 1997, p. 100.

⁸⁷³ Ibidem, p. 100.

objetivo é a criação de um regime de proteção ao investimento estrangeiro separado do direito internacional consuetudinário, que além de não constituir objeto de acordo por todos, não seria suficientemente desenvolvido para suportar a proteção às novas formas de investimento estrangeiro⁸⁷⁴.

Em outras palavras, através dos tratados bilaterais de investimento, os investidores visam garantir maior proteção a sua propriedade, buscando criar uma *lex specialis*⁸⁷⁵. Isso se torna visível, pois, enquanto as cláusulas de “tratamento nacional” são projetadas para colocar os investidores estrangeiros em pé de igualdade com os atores nacionais, o padrão de “tratamento justo e equitativo” foi desenvolvido como uma norma internacional separada da legislação interna⁸⁷⁶. A ideia por trás da expressão jurídica dos tratados revela a tensão entre a globalização econômica dos mercados locais e o potencial de diferenciação legal a favor dos investidores estrangeiros, que concede a estes uma fonte adicional de proteção contra a regulamentação do governo de que o investidor local não pode desfrutar⁸⁷⁷.

Por isso, o tratado bilateral de investimento consiste em um acordo firmado entre dois Estados, no qual um concorda em oferecer proteção aos investidores e ao investimento estrangeiro de outro; tem duplo propósito: de um lado, oferece proteção jurídica aos investidores e a seus Estados de origem e, por outro, busca estimular o fluxo de investimentos⁸⁷⁸. Trata-se de ferramenta com o condão de criar, ou mesmo adaptar, normas fora de seu texto, na medida em que, ao ratificar um tratado bilateral de investimento, o Estado torna o tratado parte de seu sistema jurídico⁸⁷⁹.

Alguns defendem que os tratados bilaterais de investimento são capazes de criar normas consuetudinárias no direito internacional, entretanto, há aqueles para quem o costume internacional é difícil de ser estabelecido pelo estado incerto da disciplina⁸⁸⁰. Para estes, as divergências nos padrões de tratamento do investimento estrangeiro tornam prematura a conclusão de que os tratados bilaterais dão origem a qualquer regra significativa do direito

⁸⁷⁴ KISHOIYIAN, B. The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law. In: *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 14, p. 372, 1994.

⁸⁷⁵ LEHAVI; LICHT, 2011, p. 117.

⁸⁷⁶ *Ibidem*, p. 129.

⁸⁷⁷ *Ibidem*, p. 129.

⁸⁷⁸ COMEAUX; KINSELLA, 1997, p. 101.

⁸⁷⁹ Para compatibilizar a legislação interna com as disposições do tratado bilateral de investimento, o Estado poderá ter de realizar adaptações no direito interno (*Ibidem*, p. 101).

⁸⁸⁰ SORNARAJAH, 2010, p. 176-177.

internacional e que a melhor visão é a que compreende os tratados como *lex specialis*, em vez de normas consuetudinárias⁸⁸¹.

Outra característica do tratado bilateral é de que é firmado normalmente entre países em situação de desigualdade, consagrando uma diferença que historicamente se verifica nas relações entre os países desenvolvidos exportadores de capital e aqueles em desenvolvimento que buscam atrair o capital estrangeiro, e, mesmo quando firmados entre países em desenvolvimento, não se perde de vista a característica de que um está em posição mais favorável que o outro⁸⁸². A racionalidade desses acordos centra-se na promessa de proteção para o capital que será recebido e na crença de que o fluxo de capital estrangeiro aumentará e trará desenvolvimento econômico; por isso, os países cedem parte de sua soberania, aceitando submeter as controvérsias desse tipo de acordo a mecanismos internacionais, afastando a incidência de normas locais⁸⁸³. Embora inexista coação para a assinatura dos acordos, algumas situações para os Estados em desenvolvimento — como empréstimos, ajudas financeiras e a própria credibilidade no cenário internacional — condicionam a submissão a tais disposições⁸⁸⁴.

Uma vez que esses tratados são concebidos para fornecer garantias aos investidores estrangeiros, normalmente não lhes são estabelecidas obrigações, embora alguns disponham que os investimentos, para serem protegidos, devem estar de acordo com o direito do Estado receptor. A ideia de incluir deveres aos investidores, como padrões de direitos humanos, ambientais e trabalhistas, está apenas começando a refletir-se⁸⁸⁵. Assim, os investidores tradicionalmente não têm obrigações exigíveis sob os tratados bilaterais e, salvo poucas exceções, a maioria é omissa quanto aos direitos dos não investidores⁸⁸⁶.

Quanto à estrutura dos tratados bilaterais de investimento, embora as disposições específicas não sejam uniformes e alguns restrinjam mais do que outros a ação governamental do país receptor, a maior parte dispõe sobre as mesmas questões e segue uma estrutura semelhante⁸⁸⁷. No geral, começam com uma disposição preambular quanto aos objetivos do tratado, que se refere ao incentivo recíproco e à proteção dos fluxos de investimento entre os

⁸⁸¹ Ibidem, p. 176-177.

⁸⁸² Ibidem, p. 177.

⁸⁸³ Ibidem, p. 178.

⁸⁸⁴ Ibidem, p. 179.

⁸⁸⁵ SCHREUER, 2011, p. 2.

⁸⁸⁶ JACOB, M. International Investment Agreements and Human Rights. In: **INEF Research Paper Series on Human Rights, Corporate Responsibility and Sustainable Development**, 03/2010. Duisburg: Institute for Development and Peace/University of Duisburg-Essen, 2010.

⁸⁸⁷ SALACUSE, J. W. **The Law of Investment Treaties**. Oxford: Oxford University Press, 2010b, p. 126.

Estados. A isso segue a identificação dos tipos de propriedade protegida e da natureza da ligação de nacionalidade de uma das partes que concede ao investidor estrangeiro a proteção do tratado. O padrão de tratamento é estabelecido, e o direito de repatriação dos lucros é afirmado; há disposições sobre a natureza da compensação a ser concedida na hipótese de guerra e, ainda, estabelece-se o padrão de compensação no caso de expropriação. São também estabelecidos os mecanismos de solução de controvérsias por meio da arbitragem⁸⁸⁸. Apesar das semelhanças, em alguns aspectos é possível identificar variações, daí porque cada um deve ser analisado em seus próprios termos⁸⁸⁹.

Dada a importância das obrigações assumidas nesses tratados, convém ter em conta as principais disposições. Assim, todos os tratados de investimento possuem um título, que estabelece seu propósito e identifica o tratado bilateral e as respectivas partes. No tratado multilateral, normalmente o título apenas define a natureza do tratado, sem identificação das partes; a designação ou título dado não afeta seu caráter de acordo internacional vinculativo⁸⁹⁰. Sob a óptica das disposições preambulares, os tratados bilaterais de investimento, no geral, apresentam uma declaração de motivos, objetivos e circunstâncias pelas quais o tratado pode ser visto da perspectiva adequada. São declaradas as considerações políticas, econômicas, históricas ou culturais que conduziram as partes, e esse conteúdo pode servir como mecanismo de interpretação⁸⁹¹.

Na sequência, há a definição do âmbito de aplicação, com a disposição do que constitui objeto de sua proteção. Em que pese a semelhança dessa disposição nos tratados existentes, não significa que haja um conceito unitário de investimento estrangeiro. No geral, a definição é abrangente, incluindo todas as categorias de ativos, direitos e interesses⁸⁹². Os tratados mais recentes contêm uma lista dos cinco principais direitos decorrentes dos tratados, os quais geralmente incluem os direitos de propriedade, de participação em empresas, ações e títulos, direitos de propriedade industrial, direitos autorais, concessões e direitos similares e frequentemente se estabelece que a definição não é exaustiva⁸⁹³. No âmbito do ICSID, para efeito de definição de jurisdição, as decisões utilizam três fatores para definir a existência do investimento estrangeiro: a contribuição, os riscos e a duração. No caso *Electrabel v. Hungria*, o tribunal assinalou que embora não exista unanimidade, há um consenso de que os

⁸⁸⁸ SORNARAJAH, 2010, p. 187-188.

⁸⁸⁹ SCHREUER, 2011, p. 3.

⁸⁹⁰ SALACUSE, 2010b, p. 126-127.

⁸⁹¹ DOLZER; SCHREUER, 2012, p. 20. O título e o preâmbulo não impõem obrigações, mas podem ser relevantes para a interpretação do tratado (SALACUSE, 2010b, p. 127).

⁸⁹² Ibidem, p. 128.

⁸⁹³ DOLZER, R.; STEVENS, M. **Bilateral Investment Treaties**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

três critérios (contribuição, certa duração e um elemento de risco) são necessários para configurar o investimento⁸⁹⁴.

A definição de quais investidores podem beneficiar-se do tratado é também importante, uma vez que o objetivo do Estado contratante é assegurar benefícios a seus nacionais, empresas e investidores, e não aos de outros países⁸⁹⁵. O problema é determinar quais vínculos precisam existir entre um investidor e uma parte do tratado para que esse se beneficie do dispositivo. A dificuldade apresenta-se no caso dos investidores que constituem empresas ou outras entidades legais⁸⁹⁶. Tais formas legais podem ser criadas e possuídas por pessoas que não têm conexão real alguma com os países membros do tratado. Em particular, três casos levantam problemas a esse respeito: (i) empresas organizadas em um país membro do tratado por nacionais de um país não membro do tratado; (ii) empresas organizadas em um país não membro do tratado por nacionais de um país membro do tratado, e (iii) empresas em que os nacionais de um país não membro do tratado detêm um interesse substancial⁸⁹⁷. Para uma empresa ser abrangida pelo tratado, a maioria dos tratados bilaterais exige que ao menos um parceiro do dispositivo siga uma das seguintes opções: o país da incorporação da empresa, o país da sede da empresa, sede social ou principal local de negócios, ou o país cujos cidadãos têm o controle ou um interesse substancial no investimento feito pela empresa. Às vezes, esses requisitos são combinados de modo que uma empresa tenha de satisfazer dois ou mais para qualificar-se ao abrigo de um tratado específico⁸⁹⁸.

Isso se dá porque, de acordo com o direito consuetudinário internacional, os Estados não estão obrigados a admitir os investimentos estrangeiros. Um Estado é livre para excluir o investimento ou admiti-lo apenas em alguns setores. É ainda livre para admiti-lo sujeitando-o a determinadas condições e procedimentos⁸⁹⁹; por isso, para fins do tratado, o simples fato de definir o que se entende por investimento estrangeiro não o torna imediatamente aplicável, pois a maioria dos tratados de investimento ainda estabelece que os investimentos devem ser realizados de acordo com as normas do país receptor e são sujeitos a aprovação⁹⁰⁰. O ingresso dos investimentos estrangeiros relaciona-se à opção política do país receptor, constituindo matéria regulada no plano interno, de modo que os investimentos só são admitidos se e

⁸⁹⁴ UNCTAD, 2014, p. 7.

⁸⁹⁵ SALACUSE, 2010b, p. 129.

⁸⁹⁶ Ibidem, p. 129.

⁸⁹⁷ Ibidem, p. 129.

⁸⁹⁸ Ibidem, p. 130.

⁸⁹⁹ SCHREUER, 2011, p. 8.

⁹⁰⁰ UNCTC. **Bilateral Investment Treaties 1959-1991**. New York: United Nations, 1992. Disponível em: <<http://unctc.unctad.org/data/e92iia16a.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2014.

quando atenderem aos interesses do Estado receptor, em função da soberania territorial e do poder do Estado em determinar o ingresso e a permanência de pessoas físicas ou jurídicas não nacionais⁹⁰¹.

Uma série de diferenças pode ser observada entre a maioria dos tratados bilaterais de investimento, particularmente no modelo de que os membros europeus da OCDE se utilizavam e o modelo lançado em meados dos anos 1980 pelos norte-americanos. A maior diferença quanto aos modelos europeus é em relação ao controle sobre a admissão de investimento estrangeiro, já que o modelo dos EUA inclinava-se a uma política de portas abertas, com a cláusula de tratamento nacional na fase de pré-investimento, com foco na livre circulação de investimento internacional e remoção de qualquer interferência governamental⁹⁰². Os tratados concluídos por países europeus não conferiam direito à admissão, pois os investimentos só seriam admitidos de acordo com a legislação do Estado receptor, que mantinha a liberdade de revisar sua legislação sobre admissão, mesmo após a entrada em vigor do tratado. Já EUA, Canadá e Japão adotaram uma política distinta e negociaram disposições que garantiam o direito ao acesso do investimento estrangeiro⁹⁰³.

Desse modo, há duas posições sobre o controle do ingresso e do estabelecimento dos investimentos: a primeira, geralmente sustentada pelos países exportadores de capital, defende a necessidade de evitar-se barreiras aos investimentos, baseada no entendimento de Francisco de Vitória (apud SORNARAJAH, 2010, p. 90), que tratava do direito natural ao comércio e da necessidade de sua proteção em qualquer lugar. De outro lado, a posição que afirma serem o controle do ingresso e estabelecimento uma forma de manter os objetivos da política econômica nacional e outros temas relacionados às políticas públicas dos Estados receptores⁹⁰⁴.

Importa ressaltar a diferença entre o direito de ingresso, relativo ao direito de entrada no território do país de destino do investimento, e o direito de estabelecimento, relativo ao tipo de presença permitida⁹⁰⁵. As restrições ao direito de ingresso seriam, por exemplo, processos de seleção prévia do investimento com base nos interesses econômicos e sociais do país, enquanto as restrições ao direito de estabelecimento seriam determinações no sentido de que o capital ingressante adote uma ou outra forma, por exemplo, que seja investido na

⁹⁰¹ DIAS, 2010, p. 89.

⁹⁰² JUILLARD, 2001, p. 6.

⁹⁰³ SCHREUER, 2011, p. 8.

⁹⁰⁴ DIAS, 2010, p. 90.

⁹⁰⁵ Ibidem, p. 90.

formação de *joint venture* com nacional, ou restrição ao capital estrangeiro em certos setores da economia⁹⁰⁶.

As técnicas e os níveis de controle configuram-se de diversos modos e podem ser diferentes conforme a legislação do país receptor. As medidas vão desde a proibição de investimentos estrangeiros na economia como um todo, ou em certas atividades e setores, até a autorização de que seja realizado apenas por meio de *joint ventures* com um parceiro local e especificação da posição societária que o investidor estrangeiro deverá assumir. Há casos em que a *joint venture* pode ser firmada apenas com entidades estatais⁹⁰⁷. Em outros casos, pode-se ainda dispor de procedimentos de seleção dos investimentos estrangeiros (*screening procedures*), admitindo-se apenas os que tenham utilidade para o país receptor ou, ainda, exigindo condições especiais, de acordo com a atividade ou setor envolvido⁹⁰⁸.

Os Estados que haviam adotado o modelo de concorrência passaram a autorizar o investimento estrangeiro direto independentemente de relações com o poder público e diminuíram ou eliminaram procedimentos de controle de entrada de investimentos, diminuíram as restrições à criação e ao funcionamento das filiais de companhias estrangeiras, bem como passaram a estimular políticas de privatizações e ampliaram o ingresso do capital estrangeiro, tornando setores antes reservados a investidores nacionais acessíveis aos estrangeiros⁹⁰⁹. Porém, mesmo esses Estados começaram a impor restrições à entrada de investimentos estrangeiros por conta da mudança de papéis, em que ao mesmo tempo são exportadores de capital e receptores⁹¹⁰.

⁹⁰⁶ Ibidem, p. 90. A legislação de alguns países proíbe o investimento estrangeiro em setores como serviços públicos, indústrias vitais ou estratégicas e indústrias pequenas e de médio porte desenvolvidas por empresas locais (UNCTC, 1992, p. 8).

⁹⁰⁷ Ibidem, p. 93. Os acordos de *joint venture* referem-se a uma ampla gama de ajustes entre empresas, voltados à consecução de finalidades e metas comuns, aproveitando-se das competências e distribuindo os riscos da atividade. Além da *partnership joint venture*, modalidade contratual, há a *corporate joint venture*, modalidade societária em que as partes constituem uma pessoa jurídica para conduzir seu projeto comum (COSTA, 2010, p. 48). Estimam-se centenas de empresas nesses moldes (*venture capital firms*) e que o montante anual de investimento de capital é de bilhões de dólares. Empresas como Apple, Compaq, Digital Equipment Corporation e Federal Express começaram nesse modelo (CHAN; SIEGEL; THAKOR, 1990).

⁹⁰⁸ DIAS, 2010, p. 91. Na indústria petrolífera, a forma de contratação, que era regida por concessões firmadas com os países exportadores de petróleo em que o Estado limitava-se a receber *royalties*, modificou-se. A nova forma é baseada em acordos de partilha de produção que partem do pressuposto de que a propriedade do petróleo é do Estado e que este tem o direito de explorá-lo em função da soberania sobre recursos naturais. O risco da exploração é assumido pela empresa estrangeira, à qual é concedida uma licença para exploração de parcela do território ou do mar onde há perspectiva de encontrar o petróleo. Quando o petróleo é encontrado, a empresa pode extraí-lo e é dada certa porcentagem para cobrir os custos de exploração e algum lucro. À medida que os custos forem cobertos, a porcentagem diminui até que o projeto seja assumido pelas petrolíferas estatais (SORNARAJAH, 2010, p. 118).

⁹⁰⁹ COSTA, 2010, p. 49.

⁹¹⁰ SORNARAJAH, 2010, p. 91.

Quanto às disposições sobre as exigências de desempenho, são impostas pelo Estado receptor para assegurar que o investidor estrangeiro exportará um percentual de sua produção, adquirirá produtos e serviços locais e empregará trabalhadores locais⁹¹¹. Essas exigências podem ser impostas no ingresso do investimento ou após, como tem sido frequente, como condição para a prestação de algum tipo de vantagem⁹¹². Normalmente, dizem respeito a exigências como exportações, transferência de tecnologia, pesquisa e desenvolvimento, emprego e qualificação da mão de obra local, ou seja, questões que otimizam o impacto do investimento estrangeiro⁹¹³.

Sob a óptica dos países em desenvolvimento, tais exigências aumentam o valor do investimento. Assim, a exigência de garantia de exportação assegura que os ganhos de exportação do país receptor serão maiores que os ganhos do investidor estrangeiro com vendas no comércio local. Outra razão refere-se à necessidade de preservação do mercado para as empresas locais⁹¹⁴. Além disso, os requisitos de desempenho podem consistir em uma opção política importante para alcançar benefícios sobre o investimento estrangeiro direto. Todavia, trata-se de opção que tem acentuado as controvérsias nas relações entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. Enquanto estes desejam preservar o direito de utilizar esta ferramenta, que pode contribuir com o desenvolvimento do país, os países desenvolvidos tendem a associar as exigências de desempenho a estratégias intervencionistas e a questionar a sua efetividade⁹¹⁵, pelo que alguns países têm proibido esse tipo de exigência no contexto de tratados bilaterais ou regionais de investimento⁹¹⁶.

No que se refere à disposição sobre repatriação dos lucros, ou seja, a proteção do direito de remeter os lucros obtidos com o investimento para o Estado de origem, constata-se que se tornou um dos objetivos dos tratados de investimento. Essa medida, que é vista como necessária para o investidor estrangeiro, tem sido prevista com absoluta proteção em muitos tratados⁹¹⁷. A remessa dos lucros pode adotar a forma de dividendos ou *royalties*, sendo

⁹¹¹ Ibidem, p. 205.

⁹¹² UNITED NATIONS. **Foreign Direct Investment and performance requirements: new evidence from selected countries**. New York: United Nations, 2003. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/iteiia20037_en.pdf>. Acesso em: 07 maio 2014.

⁹¹³ Ibidem, p. 4.

⁹¹⁴ SORNARAJAH, 2010, p. 206.

⁹¹⁵ ONU, 2003, p. 3.

⁹¹⁶ Segundo a UNCTAD, as exigências de constituição de *joint venture* são restritas no acordo entre a UE e o Chile, assim como o Acordo de Livre Comércio da América do Norte proíbe a exigência de capital nacional, e, ainda, a exigência de contratação de mão de obra local são proibidos pelo *bit* entre o Japão e a República da Coreia (ONU, 2003, p. 3).

⁹¹⁷ SORNARAJAH, 2010, p. 206.

transferida aos acionistas, assim como a simples transferência de lucros acumulados para a conta da empresa controladora⁹¹⁸.

Na prática, tais restrições podem resultar na localização dos investimentos estrangeiros em países não tão exigentes⁹¹⁹. A China, desde que preenchidas algumas normas, tem permitido a remessa de 90% dos lucros anuais, o que coloca o país em posição vantajosa na lista dos que são alvo do investimento estrangeiro⁹²⁰. Há países que justificam as restrições na manutenção do equilíbrio das balanças de pagamento e em sua utilidade como meio de controle das atividades das multinacionais⁹²¹.

Além do direito de repatriar lucros, outro fator considerado pelos investidores é o tratamento dispensado pelo país receptor aos investidores estrangeiros e a seus investimentos e o nível de proteção que oferece⁹²². Os tratados estipulam o padrão de tratamento do Estado receptor em dois aspectos: definem certos padrões gerais de tratamento e também estabelecem padrões específicos para questões como transferências financeiras, emprego de funcionários estrangeiros, resolução de disputas e outros⁹²³. Alguns padrões gerais, como garantia de proteção e segurança integral ou tratamento justo e equitativo, são absolutos, enquanto outros, como o tratamento nacional e o tratamento da nação mais favorecida, dependem do tratamento acordado pelo Estado para outros investidores⁹²⁴. Com isso, é possível encontrar uma variedade de padrões. Normalmente, a espécie de tratamento está prevista em um único artigo do tratado e isso permite identificá-la entre os diferentes padrões, correspondentes aos seguintes: padrão nacional de tratamento, padrão de tratamento justo e equitativo, tratamento da nação mais favorecida e proteção e segurança integrais⁹²⁵.

O primeiro refere-se ao padrão nacional de tratamento, que essencialmente estabelece que o investidor estrangeiro e seus investimentos sejam tratados de modo não menos favorável do que um nacional do Estado receptor⁹²⁶. Essa cláusula é geralmente acompanhada por exceções no próprio tratado ou em instrumentos relacionados. Entre as mais comuns,

⁹¹⁸ BILLET, B. L. **Investment behavior of multinational corporations in developing areas**: comparing American, Japanese, and development assistance corporations. New Brunswick: Transaction Publishers, 1991, p. 66 e ss.

⁹¹⁹ Ibidem, p. 66 e ss.

⁹²⁰ PATIL, S. B. **Profit Repatriation: The Foreign Direct Investment Incentive**. S.l., s.d. Disponível em: <www.buzzle.com/articles/profit-repatriation-the-foreign-direct-investment-incentive.html>. Acesso em: 06 maio 2014.

⁹²¹ BILLET, 1991, p. 66 e ss.

⁹²² SEID, 2008, p. 44.

⁹²³ SALACUSE, 2010b, p. 131.

⁹²⁴ Ibidem, p. 131.

⁹²⁵ SORNARAJAH, 2010, p. 201.

⁹²⁶ SCHREUER, 2011, p. 11.

estão as relacionadas à segurança nacional e à ordem pública e as relativas aos objetivos de desenvolvimento e prioridades do país receptor. A fim de alcançar tais objetivos, alguns países incluíram uma lista de setores e atividades que estão excetuadas da aplicação do padrão de tratamento nacional⁹²⁷.

Os países exportadores de capital, entretanto, têm entendido que os estrangeiros devem ser tratados de acordo com um padrão internacional mínimo, pois, na medida em que o padrão nacional seja aplicado, a proteção aos investidores estrangeiros seria menor, pois os deixaria sem a possibilidade de utilizar qualquer mecanismo internacional de proteção. De outro lado, essa situação retiraria a possibilidade de os Estados receptores realizarem exigências de desempenho em relação aos investimentos estrangeiros, já que isso não ocorre em relação aos nacionais, o que favoreceria estes⁹²⁸. Para os países em desenvolvimento e para as ONGs, o padrão de tratamento nacional tem acarretado preocupações, uma vez que as liberalizações excessivas podem resultar em perda de controle das atividades dos investidores estrangeiros, muitos dos quais grandes empresas multinacionais⁹²⁹.

Alguns países têm acordado um padrão de tratamento justo e equitativo, desenvolvido a partir do direito consuetudinário internacional⁹³⁰. Em que pese não existir definição precisa sobre seu conteúdo, sua inclusão nos tratados bilaterais de investimento serve a diversos propósitos, não apenas como um padrão básico, mas como elemento auxiliar de interpretação de disposições específicas do tratado ou a fim de preencher as lacunas deste⁹³¹. Embora tal definição possa ser uma questão de interpretação em cada caso, a não discriminação, o padrão internacional mínimo e o dever de proteger a propriedade estrangeira pelo Estado receptor são considerados como componentes do tratamento justo e equitativo⁹³².

É possível identificar situações em que esse padrão tem sido aplicado, as quais, geralmente, envolvem princípios como os de transparência, consistência, estabilidade, do cumprimento das obrigações, do devido processo, da atuação conforme a boa-fé e da proteção das expectativas legítimas dos investidores estrangeiros⁹³³. Entretanto, a avaliação do padrão não pode ser unilateral, como seus proponentes pretendiam. Se as noções de justiça devem ser consideradas, isso deve ser feito em um contexto em que seja avaliado para ambas as partes,

⁹²⁷ UNCTC, 1992, p. 9.

⁹²⁸ SORNARAJAH, 2010, p. 202.

⁹²⁹ SEID, 2008, p. 196.

⁹³⁰ UNCTC, 1992, p. 9.

⁹³¹ Ibidem, p. 9.

⁹³² SEID, 2008, p. 46.

⁹³³ SCHREUER, 2011, p. 9.

e, assim, o padrão deve levar em conta, por exemplo, situações em que as interferências estatais ocorrem em resposta às más práticas das empresas multinacionais⁹³⁴. Embora seu conteúdo e aplicação tenham sido questionados pelos países em desenvolvimento, a doutrina clássica e a maioria dos tratados de investimento têm enfatizado os elementos de não discriminação, o padrão internacional mínimo e a proteção à propriedade estrangeira como parte do tratamento justo e equitativo⁹³⁵.

Alguns tratados bilaterais de investimento incluem a cláusula que adota o padrão de tratamento da nação mais favorecida, a partir da qual o investimento deve receber um tratamento, no mínimo, tão favorável quanto o Estado receptor tem concedido aos investimentos de nacionais e companhias de outros Estados. É possível, inclusive, encontrar tratados que combinam o tratamento nacional e a cláusula da nação mais favorecida, permitindo que os investidores avaliem qual o padrão mais favorável⁹³⁶.

O padrão de tratamento da nação mais favorecida apresenta dificuldades no sentido de que o investidor estrangeiro poderia servir-se do tratamento mais favorável previsto no passado ou em futuros tratados. Assim, se um Estado vier a subscrever um tratado multilateral que contenha a cláusula da nação mais favorecida, o número de Estados que poderiam utilizar uma disposição mais favorável em um tratado bilateral de investimento aumentaria⁹³⁷. Daí porque esse padrão tem apresentado controvérsias, principalmente nos casos em que o Estado pertence a uma organização regional e, em função disso, concede tratamento privilegiado a outros membros da organização, mas não deseja conceder tais benefícios a um Estado com o qual firme um tratado bilateral pela operação automática da cláusula da nação mais favorecida. Assim, a não ser que a exceção encontre-se prevista no tratado, devem ser concedidos os mesmos privilégios pela cláusula da nação mais favorecida⁹³⁸.

Entre os padrões de tratamento, é possível identificar a aplicação de um padrão de proteção e segurança integrais ao investimento estrangeiro. Em algumas decisões dos tribunais arbitrais, tem-se verificado a utilização de disposições que impedem que o Estado utilize de seu poder para prejudicar a propriedade do investidor estrangeiro ou de que o Estado deva oferecer proteção diante da violação dos interesses dos investidores, se a violação

⁹³⁴ SORNARAJAH, 2010, p. 205.

⁹³⁵ UNCTC, 1992, p. 9.

⁹³⁶ Ibidem, p. 9.

⁹³⁷ SORNARAJAH, 2010, p. 205.

⁹³⁸ Ibidem, p. 205.

puder ser evitada⁹³⁹. A tendência é de que o âmbito de aplicação seja ampliado para abranger a cláusula de manutenção das condições de estabilidade para o investimento⁹⁴⁰. Trata-se, contudo, de padrão de tratamento sujeito a críticas sob a óptica da soberania, já que pode consistir em renúncia significativa.

Outra disposição no centro das discussões sobre as relações entre investidor estrangeiro e Estado receptor refere-se às expropriações. Do ponto de vista histórico, eram raras até o início do século XX e, por isso, não colocavam grandes discussões, sequer em relação aos padrões de compensação. O primeiro caso relevante foi o Chorzów Factory e decorreu de uma expropriação pela Polônia de uma fábrica de nitrato de propriedade de cidadãos alemães. A partir de uma reclamação apresentada ao Tribunal Internacional de Justiça, foi reconhecida a ilegalidade do ato mediante a violação do tratado entre Alemanha e Polônia. Quanto à compensação devida pela expropriação ilegal, o tribunal decidiu que a Polônia deveria, na medida do possível, arcar com as consequências do ato ilícito e restabelecer a situação que existiria se o ato não tivesse sido cometido⁹⁴¹.

O princípio da compensação integral foi afirmado algum tempo depois, em 1938, quando os EUA, através de uma carta ao governo mexicano em função da nacionalização de certas propriedades agrícolas e petrolíferas, estabeleceu que a expropriação de propriedades de estrangeiros deveria ser acompanhada de indenização pronta, adequada e efetiva, o que é referido como “fórmula Hull” e que se interpreta como a exigência de indenização no montante integral do justo valor de mercado⁹⁴².

Nos países da América Latina, a doutrina Calvo, baseada na obra do argentino Carlos Calvo, preconizava que a igualdade, a soberania e a independência constituem direitos fundamentais dos Estados, e, assim, estes têm o direito de não sofrer interferência de outros Estados, razão pela qual os estrangeiros têm de respeitar o direito local sem invocar proteção diplomática de seus governos no julgamento de reclamações decorrentes de contratos, insurreições, guerras civis ou tumultos internos⁹⁴³. No âmbito das expropriações, isso significava que aos estrangeiros cuja propriedade havia sido expropriada era dado o mesmo tratamento dos nacionais, e os Estados não tinham a obrigação de receber reclamações do

⁹³⁹ Ibidem, p. 205.

⁹⁴⁰ Ibidem, p. 205.

⁹⁴¹ COMEAUX; KINSELLA, 1997, p. 58-59.

⁹⁴² Ibidem, p. 61.

⁹⁴³ GARCÍA-MORA, M. R. The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law. In: **Marquette Law Review**, v. 33, n. 4, p. 205-219, 1950.

Estado de origem dos investidores⁹⁴⁴. Essa doutrina enfraqueceu-se com o tempo, e o padrão de compensação integral e a arbitragem na solução de controvérsias consolidaram-se⁹⁴⁵.

Como as expropriações estavam vinculadas a medidas confiscatórias perpetradas por ditadores, ou por motivações de cunho racial e diante dos resquícios dos tempos anteriores, tende-se a considerar as expropriações como ilegítimas, a menos que se demonstre o contrário⁹⁴⁶. Atualmente, essas medidas estão ligadas às reformas econômicas e razões de cunho político e ideológico. De todo modo, as condições relativas ao interesse público e à não discriminação estão estabelecidas em todos os tratados de investimento e fazem parte do direito consuetudinário internacional⁹⁴⁷.

A visão dos países desenvolvidos é a que se identifica nos tratados bilaterais de investimento de forma quase unânime, e os acordos tendem a proteger amplamente os investimentos com a cobertura das expropriações diretas e indiretas, inclusive mediante o estabelecimento de critérios de licitude, nomeadamente: interesse público, caráter não discriminatório e pagamento efetivo de compensação com a adoção da “fórmula Hull”⁹⁴⁸. É comum encontrar nos tratados bilaterais de investimento cláusulas que definam a expropriação de modo a abranger tanto a expropriação direta, em que há expressa transferência do domínio dos ativos, quanto a indireta, na qual instrumentos regulatórios reduzem de modo significativo o valor dos investimentos, as quais recebem denominações distintas, conforme se trate de expropriação paulatina (*creeping*), medidas equivalentes à expropriação (*tantamount*) e expropriações indiretas⁹⁴⁹. A visão prevalente é a de que, embora o Estado seja soberano e seja-lhe permitido expropriar a propriedade de um estrangeiro, a soberania deve ser exercida nos padrões do direito internacional⁹⁵⁰.

Os tratados de investimento possuem também disposições que estabelecem compensações para os prejuízos à propriedade do investidor estrangeiro pela ocorrência de guerras, distúrbios civis ou outras emergências nacionais. Dispõe ainda sobre a

⁹⁴⁴ A teoria passou a ser aceita na América Latina a partir da inclusão da cláusula Calvo nos contratos de investimento. Por ela, o investidor aceitava submeter-se à jurisdição do Estado receptor do investimento sem reclamar proteção diplomática do Estado de origem (COMEAX; KINSELLA, 1997, p. 62).

⁹⁴⁵ *Ibidem*, p. 62.

⁹⁴⁶ SORNARAJAH, 2010, p. 208.

⁹⁴⁷ *Ibidem*, p. 208.

⁹⁴⁸ COSTA, 2010, p. 148.

⁹⁴⁹ *Ibidem*, p. 149.

⁹⁵⁰ COMEAX; KINSELLA, 1997, p. 78.

responsabilidade das forças armadas em caso de requisição de propriedades estrangeiras e de lhe serem causados danos⁹⁵¹.

Uma técnica utilizada para fechar as lacunas que subsistem na proteção substantiva e processual de que o investidor estrangeiro goza contra riscos não comerciais corresponde à utilização dos regimes de seguro de investimentos bilaterais que tenham sido realizados por países desenvolvidos com relação a investimentos feitos por seus cidadãos em certos países em desenvolvimento⁹⁵². Além disso, um conjunto de esforços multilaterais foram realizados, em particular por meio da Agência Multilateral de Garantia de Investimento, que busca ajudar investidores e credores a lidarem com os riscos do investimento, assegurando projetos contra perdas relativas a inconvertibilidade da moeda, restrição a transferências, expropriação, guerra, terrorismo, distúrbios civis, quebras de contrato e outras situações equivalentes⁹⁵³.

Desse modo, a concessão de garantia pela agência encoraja o fluxo de investimentos ao neutralizar as preocupações dos investidores a respeito dos riscos não comerciais do investimento e facilita o fluxo de capital e tecnologia aos países em desenvolvimento. Com esse objetivo existem ainda programas internos ou nacionais de garantias que se configuram como um contrato de direito interno entre o investidor e seu Estado de origem, em que, ao ser paga a indenização correspondente ao contrato de garantia, o Estado sub-roga-se nos direitos do investidor, podendo exigir reparação por parte do Estado receptor, o que exige o reconhecimento dessa sub-rogação pelo Estado receptor dos investimentos, geralmente através de acordos internacionais sobre investimentos com cláusula específica nesse sentido⁹⁵⁴.

Muitos tratados possuem a chamada cláusula guarda-chuva (*umbrella clause*), em que se busca assegurar que cada parte respeitará todas as disposições de investimento estabelecidas com os investidores da outra parte. A questão principal consiste na discussão sobre a possibilidade de que essas cláusulas tornem-se violações a contratos em violações ao direito internacional⁹⁵⁵. Nesse aspecto, duas decisões do ICSID, nos casos *SGS v. Pakistan* e *SGS v. Filipinas*, trouxeram à tona a questão de saber se a cláusula guarda-chuva aplica-se às obrigações decorrentes de contratos de investimento entre o investidor e o Estado de acolhimento. O fundamento está na possibilidade de que a arbitragem constituída sob o

⁹⁵¹ SORNARAJAH, 2010, p. 213.

⁹⁵² DAMROSCH et al., 2001, p. 1617.

⁹⁵³ Ibidem, p. 1617.

⁹⁵⁴ DIAS, 2010, p. 137.

⁹⁵⁵ HOUDE, M.-F. Novel Features in Recent OECD Bilateral Investment Treaties. In: OECD. **International Investment Perspectives**. Paris: OECD, 2006, p. 164.

tratado bilateral tenha jurisdição sobre reivindicações por quebra de contrato, uma vez que a violação do contrato de investimento é também uma violação da cláusula guarda-chuva, ou seja, isso significa que o investidor pode pedir reparação de uma violação de qualquer contrato de investimento entre ele e um Estado contratante por meio da arbitragem firmada a partir do tratado bilateral de investimento⁹⁵⁶.

O entendimento é de que, pela própria história, a cláusula guarda-chuva foi projetada para garantir que os litígios decorrentes de contratos entre investidor-Estado seriam resolvidos em um fórum neutro e executados como uma questão de direito internacional⁹⁵⁷. Por meio disso, as eventuais violações de contratos com investidores estrangeiros não seriam resolvidas pelo direito interno do Estado receptor, mas segundo as disposições contidas no tratado bilateral de investimento.

Alguns tratados possuem também “cláusulas de estabilização”, que correspondem a uma proteção ao investidor estipulando que a lei que rege o investimento deve ser aquela em vigor em um determinado ponto no tempo, ou que as futuras alterações na legislação do Estado receptor não serão aplicadas em desvantagem do investidor⁹⁵⁸. Essas cláusulas podem assumir três categorias: cláusulas de congelamento (*freezing clauses*), que “congelam” as normas do país receptor em relação a um projeto de investimento durante todo o tempo deste; cláusulas de equilíbrio econômico (*economic equilibrium clauses*), que exigem o cumprimento das novas normas do país receptor pelo investidor, mas também exige que o investidor seja indenizado pelos custos desse cumprimento, através de compensações, como reduções de impostos e outras; e ainda, cláusulas híbridas (*hybrid clauses*), que compartilham aspectos de ambas as categorias, exigindo do Estado receptor que restaure o investidor à posição que tinha antes das mudanças na lei⁹⁵⁹.

Para os investidores e financiadores de projetos, essas cláusulas são consideradas essenciais em mercados emergentes. Alguns Estados receptores viram as cláusulas de

⁹⁵⁶ WONG, J. Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes. In: **George Mason Law Review**, v. 14, p. 135-177, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1260897>>. Acesso em: 30 jun. 2014. No caso *SGS v. Paquistão*, determinou-se que um tribunal definido pelo tratado bilateral de investimento não tem jurisdição sobre litígios contratuais, alegando que as cláusulas guarda-chuva, em geral, não abrangem essas reivindicações, enquanto no caso *SGS v. Filipinas*, decidiu-se no sentido de que um tribunal definido pelo tratado bilateral de investimento tem tal jurisdição e passou-se a determinar que ele apenas não deve exercer essa jurisdição no caso em que o contrato contiver uma cláusula definindo um fórum exclusivo.

⁹⁵⁷ *Ibidem*, p. 168.

⁹⁵⁸ JACOB, 2010, p. 21.

⁹⁵⁹ SEMBERG, A. **Stabilization Clauses and Human Rights**. Research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative of the Secretary-General on Business and Human Rights, may 27, 2009.

estabilização como forma de fomentar um clima favorável ao investimento⁹⁶⁰. Na prática, o congelamento do sistema legal por parte do país receptor, no que diz respeito ao investimento, claramente implica em uma redução de sua soberania⁹⁶¹, razão pela qual é fortemente criticada, já que tende a impedir atividade regulatória do Estado que possa causar prejuízos aos investidores⁹⁶².

Com frequência, é o tratado que prevê o modo de solução das controvérsias dele decorrentes. Tradicionalmente, os conflitos internacionais resolvem-se pelos métodos da Carta de São Francisco para sua solução pacífica, o que envolve meios diplomáticos, no entendimento direto entre os Estados em conflito pela intervenção de organismos internacionais globais ou regionais, e jurídicos, correspondentes à arbitragem e à solução judicial, pela atuação da Corte Internacional de Justiça⁹⁶³.

O primeiro meio pelo qual as propriedades dos investidores estrangeiros receberam proteção foi através das reclamações entre os Estados, mediante proteção diplomática. Na ocasião, os direitos reclamados fundamentavam-se no direito internacional geral e em normas como as que impunham ao Estado a responsabilidade internacional por denegação de justiça aos estrangeiros, ou que exigiam certos padrões internacionais mínimos no tratamento dos estrangeiros. Esse padrão de solução de controvérsias exigia que o Estado de origem apenas pudesse demandar contra o Estado receptor se tivessem sido exauridos os remédios locais⁹⁶⁴.

O modelo de resolução de disputas internacionais de investimentos mudou a partir dos anos 1970, quando as reclamações diretas dos investidores foram aceitas em uma série de tratados de investimento, iniciada pelos EUA⁹⁶⁵. Essa possibilidade mostrou-se como alternativa vantajosa aos investidores, que puderam deslocar a resolução dos litígios com o Estado receptor dos tribunais locais para um fórum que lhes permitisse escolher os árbitros que julgassem mais neutros e confiáveis e que tivessem experiência⁹⁶⁶. Essa previsão constitui uma inovação revolucionária, e sua exclusividade e poder não devem ser subestimados⁹⁶⁷.

⁹⁶⁰ Ibidem, p. VII.

⁹⁶¹ JACOB, 2010, p. 21.

⁹⁶² Ibidem, p. 21.

⁹⁶³ DIAS, 2010, p. 148.

⁹⁶⁴ MCLACHLAN, C. Investment Treaties and General International Law. In: **International and Comparative Law Quarterly**, v. 57, p. 361-401, 2008.

⁹⁶⁵ CHOI W.-M. The Present and Future of the Investor-State Dispute Settlement Paradigm. In: DAVEY, W. J.; JACKSON, J. **The Future of International Economic Law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2008.

⁹⁶⁶ Ibidem, p. 297.

⁹⁶⁷ No comércio internacional não há disposição similar, e as violações são resolvidas apenas pelos Estados (SALACUSE, 2010b, p. 137).

Com o desenvolvimento e o volume dos litígios envolvendo o investimento estrangeiro, a maioria dos tratados bilaterais tem estabelecido dois mecanismos de solução de controvérsias, um relativo às disputas que envolvam as duas partes signatárias em razão da aplicação e da interpretação do tratado e outro para as controvérsias das relações entre Estado receptor e investidores estrangeiros⁹⁶⁸. No primeiro caso, por intermédio de consultas ou meios diplomáticos; não sendo estes suficientes, as partes podem submeter a controvérsia a um tribunal arbitral ou à Corte Internacional de Justiça. No segundo caso, com base nas disposições dos tratados bilaterais de investimento, as partes podem estabelecer normas quanto à utilização da arbitragem entre investidores e o Estado, o que conferirá maior proteção ao investidor⁹⁶⁹.

Pela utilização da arbitragem, os investidores buscam assegurar-se de que estarão diante de um julgador “despolitizado” e “neutro”, já que muitos não confiam na imparcialidade dos tribunais locais⁹⁷⁰. Além disso, os investidores frequentemente apontam entre os argumentos a falta de regras adequadas aplicáveis a essas relações, a falta de especialização dos juízes e dos tribunais nacionais e a morosidade dos sistemas jurisdicionais⁹⁷¹. No processo de arbitragem entre investidor e Estado, concede-se àqueles o direito de iniciar diretamente a arbitragem contra o Estado receptor pela alegação de violações a direitos obtidos com os tratados de investimento⁹⁷². Esse sistema é exclusivo no direito internacional e, por meio dele, concede-se aos investidores *ius standi* para apresentar suas reivindicações nos tribunais internacionais, na maioria, sem esgotamento dos mecanismos locais, o que lhes confere grande força, pois as empresas tendem a assumir seus próprios casos em vez de contar com a proteção diplomática⁹⁷³.

Ao longo da última década, verificaram-se mudanças no direito internacional do investimento em função da quantidade maior de disputas. Essa mudança tem sido atribuída à proliferação dos tratados bilaterais de investimento e à flexibilidade na resolução das controvérsias⁹⁷⁴. Atualmente, existem diversos tipos de cláusulas que criam níveis distintos de obrigações, em nível mais leve, meramente direcionam as partes para a arbitragem e, em nível

⁹⁶⁸ HOUDE, 2006, p. 170.

⁹⁶⁹ Ibidem, p. 170.

⁹⁷⁰ SORNARAJAH, 2010, p. 216.

⁹⁷¹ COSTA, 2010, p. 162.

⁹⁷² MANN, H. **International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities**. S.I.: International Institute for Sustainable Development, 2008. Disponível em: <http://www.iisd.org/pdf/2008/iaa_business_human_rights.pdf>. Acesso em: 20 maio 2014.

⁹⁷³ AAKEN, 2009, p. 513. FRANCK, S. D. Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration'. In: **North Carolina Law Review**, v. 86, n 1, p. 1-88, 2007.

⁹⁷⁴ WONG, 2006, p. 138.

mais intenso, autorizam o investidor estrangeiro a demandar diretamente contra o Estado receptor junto ao ICSID⁹⁷⁵.

A arbitragem pode ser *ad hoc*⁹⁷⁶, quando as partes escolhem os árbitros, o local, as regras procedimentais e os termos de referência da arbitragem, ou por intermédio de um órgão, em que as partes submetem-se previamente à jurisdição e às regras deste; trata-se da arbitragem institucional⁹⁷⁷. As instituições mais relevantes são a Corte Permanente de Arbitragem⁹⁷⁸, o Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos⁹⁷⁹, a Comissão da ONU para o Direito Comercial Internacional⁹⁸⁰ e outros que lidam com a arbitragem comercial, como a Câmara de Comércio Internacional⁹⁸¹ e a Câmara de Comércio de Estocolmo⁹⁸².

Grande parte dos tratados bilaterais de investimento estabelece que a solução das controvérsias dar-se-á pelo recurso à arbitragem do ICSID, que tem sido o mais atuante na solução das disputas de investimento⁹⁸³. Vicente (2012) aponta cinco características da arbitragem ICSID: em primeiro, a exclusividade dos meios de resolução de litígios previstos na convenção. Nesse sentido, o consentimento dado pelas partes à arbitragem no âmbito da convenção implica, salvo estipulação em contrário, renúncia a qualquer outro meio jurisdicional⁹⁸⁴. Em segundo, há necessidade de um duplo consentimento do Estado-parte

⁹⁷⁵ SORNARAJAH, 2010, p. 216.

⁹⁷⁶ O mais célebre refere-se ao Iranian-United States Claims Tribunal (1981-2) criado para tratar das compensações a indivíduos e empresas transnacionais pelas nacionalizações decorrentes da revolução iraniana de 1979, que apreciou em torno de 4 mil casos (MACHADO, 2006, p. 618).

⁹⁷⁷ DIAS, 2010, p. 152. Ver também Calmon (2004, p. 1-7).

⁹⁷⁸ A CPA foi criada pela Convenção para a Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais de 1899 para instituir um tribunal arbitral permanente e acessível aos Estados. Embora, em 1907, a Convenção para a Resolução de Controvérsias Internacionais tenha substituído a primeira convenção, a CPA foi mantida para facilitar o recurso imediato à arbitragem para as controvérsias internacionais não resolvidas pela via diplomática (DIAS, 2010, p. 161).

⁹⁷⁹ O ICSID é instituição autônoma, criada no âmbito da Convenção para a Resolução de Disputas sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, tratado multilateral elaborado por Diretores Executivos do BM que entrou em vigor em 1966 (ICSID, s.d.).

⁹⁸⁰ A UNCITRAL foi estabelecida para remover obstáculos ao comércio internacional pela diversidade entre os ordenamentos jurídicos estatais. Tem sido apontado em vários tratados de investimento ora como instrumento principal, ora como alternativa às regras de arbitragem do ICSID (COSTA, 2010, p. 201).

⁹⁸¹ A CCI é uma instituição privada que dispõe de um importante centro de arbitragem, a Corte Internacional de Arbitragem, que pode ser utilizada tanto para a solução de controvérsias entre entes privados como das que envolvam um Estado e um ente privado (DIAS, 2010, p. 177).

⁹⁸² A CCE possui o Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo, órgão independente que aborda questões de arbitragem nacional e internacional (JACOB, 2010, p. 9). O Instituto foi fundado em 1917 e desde que foi reconhecido, no final dos anos 1970, constitui um centro neutro para a resolução de litígios (MICHELSON; SABBAGH, 2006).

⁹⁸³ COSTA, 2010, p. 175.

⁹⁸⁴ VICENTE, D. M. Arbitragem de Investimento: a Convenção ICSID e os Tratados Bilaterais. In: CONGRESSO DO CENTRO DE ARBITRAGEM COMERCIAL, 5., 21 jul, Lisboa, 2011. **Comunicações...**, Coimbra: Almedina, 2012. Disponível em: <http://www.biblioteca.porto.ucp.pt/docbweb/download.asp?file=multimedia/associa/pdf/roa_28_71.pdf>. Acesso em: 09 maio 2014, p. 756.

relativamente à resolução por arbitragem de determinado litígio. Assim, a ratificação ou a aprovação da convenção pelos Estados-membros não implica o consentimento quanto à resolução por arbitragem de qualquer litígio, pois ainda é necessária uma manifestação por escrito da vontade de submeter o litígio à arbitragem⁹⁸⁵. Em terceiro, a deslocalização do processo arbitral e dos meios de anulação da decisão. Desse modo, a lei aplicável ao processo arbitral é a própria Convenção ICSID, que exclui a aplicabilidade de qualquer lei nacional⁹⁸⁶. Em quarto, o primado do direito internacional sobre o direito interno do Estado contratante e, em quinto, o reconhecimento automático das decisões arbitrais proferidas no ICSID, de modo que se deve reconhecer a obrigatoriedade da sentença e assegurar a execução em seu território como uma decisão final de um tribunal do próprio Estado, independentemente de qualquer processo de revisão e confirmação prévias⁹⁸⁷.

A estrutura de solução de controvérsias de investimento tem sido criticada porque alguns entendem que os mecanismos para resolver tais disputas apresentam-se como uma “colcha de retalhos”⁹⁸⁸. A falta de uma estrutura institucional central é justificada diante da ausência de um regime multilateral sobre o investimento estrangeiro; na medida em que as disposições são encontradas em tratados bilaterais e regionais e que as negociações são difusas, isso se reflete no processo de solução de controvérsias, que permanece sem um órgão de coordenação, não havendo mecanismos de fiscalização ou instâncias recursais, o que limita sua transparência, sem a possibilidade de corrigir decisões injustas⁹⁸⁹.

Um aspecto afirmado pelos investidores estrangeiros como obstáculo refere-se ao fato de que alguns tratados ainda dispõem sobre o dever de exaurir os recursos de direito interno do Estado receptor⁹⁹⁰. A Corte Internacional de Justiça manifestou-se, no caso *Elsi*, no sentido de que a norma relativa à exaustão dos remédios internos constitui um princípio fundamental do direito internacional⁹⁹¹; trata-se do reconhecimento da soberania judicial do Estado sobre as questões que recaiam sobre sua jurisdição⁹⁹². Apesar disso, de menos de dez arbitragens envolvendo os investidores e os Estados receptores em meados de 1990, atualmente são conhecidos mais de quinhentos casos, a abranger diversas áreas do investimento e tipos de

⁹⁸⁵ *Ibidem*, p. 756.

⁹⁸⁶ *Ibidem*, p. 756.

⁹⁸⁷ *Ibidem*, p. 756-757.

⁹⁸⁸ FRANCK, 2005, p. 1521.

⁹⁸⁹ MANN, 2008, p. 05.

⁹⁹⁰ COSTA, 2010, p.180.

⁹⁹¹ SORNARAJAH, 2010, p. 220. Constituem recursos internos os administrativos e judiciais (COSTA, 2010, p. 180).

⁹⁹² SORNARAJAH, 2010, p. 220.

ações e medidas governamentais. Mesmo com a falta de uma estrutura institucional internacional central, o regime mostra-se extremamente forte e em expansão no contexto da globalização⁹⁹³.

No geral, essas são as disposições contidas nos tratados bilaterais de investimento, que demonstram a preocupação dos investidores quanto a sua propriedade e que as cláusulas dos tratados destinam-se a conferir-lhes maior segurança. Outros aspectos das relações de investimento não costumam ser objeto de tratamento, como a proteção dos direitos humanos, o que indica que o regime estruturou-se com foco específico e unilateral de prioridade para a segurança dos investidores.

4.5 Os contratos de investimento

Os contratos como fontes de investimentos entre os Estados receptores e os investidores estrangeiros revelam duas facetas: em primeira linha, o intuito de promover o desenvolvimento econômico dos países e uma contratação dominada por critérios de racionalidade econômica⁹⁹⁴. Na primeira, busca-se o fomento ao crescimento e ao desenvolvimento dos países menos favorecidos, por meio da captação do investimento das empresas estrangeiras e, na segunda, para os países desenvolvidos, visa a melhoria da competitividade no cenário de uma economia globalizada⁹⁹⁵. A coexistência dessas realidades produz reflexos no quadro legal da contratação pública internacional⁹⁹⁶.

A celebração desses contratos tende a passar por algumas etapas⁹⁹⁷, vinculadas ao plano existencial do contrato no mundo jurídico, designadamente, a formação, a conclusão e a execução dos contratos internacionais⁹⁹⁸. Uma vez celebrados, variam em sua denominação, forma e conteúdo⁹⁹⁹. Trata-se de contrato complexo, que procede à conformação de um quadro normativo, cujo objetivo visa agregar diversas realidades, como contratos fiscais, de

⁹⁹³ MANN, 2008, p. 5.

⁹⁹⁴ VIANA, C. A Globalização da Contratação Pública e o Quadro Jurídico Internacional. In: **Estudos de Contratação Pública I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 23 e ss.

⁹⁹⁵ Ibidem, p. 23 e ss.

⁹⁹⁶ Ibidem, p. 23 e ss.

⁹⁹⁷ VICENTE, D. M. La formación de los contratos internacionales. In: **Revista Española de Derecho Internacional**, v. 57, n. 1, p. 239 e ss., jan.-jun. 2005.

⁹⁹⁸ BASSO, M. **Contratos Internacionais do Comércio: negociação, conclusão, prática**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 19 e ss.

⁹⁹⁹ Emerge atrelado a sua confidencialidade e ao receio de que sua divulgação afete futuras negociações. Essa opacidade impede a participação de grupos ou indivíduos que podem ser afetados pelo investimento (GRAÇA, 2013, p. 96).

concessão, contratos sobre o exercício de poderes públicos¹⁰⁰⁰ e contratos de concessão de incentivos financeiros¹⁰⁰¹.

Os domínios preferenciais de utilização correspondem a setores como energia, exploração de recursos naturais e infraestruturas essenciais¹⁰⁰². Os contratos são frequentemente referidos como concessões e podem incluir *joint ventures* com um órgão do Estado receptor, acordos de partilha de produção, contratos de serviços ou os chamados “*build, operate and transfer*”, em que o investidor recebe a licença para financiar, projetar, construir e operar uma instalação, geralmente de infraestrutura, por tempo determinado, após o que o controle transfere-se à Administração Pública, ou o “*build, operate and own*”, em que ao investidor concede-se o direito de financiar, projetar, construir, operar e manter o projeto, geralmente no setor energético¹⁰⁰³.

Uma das características desses contratos prende-se à exclusividade na exploração da atividade como forma de assegurar o ressarcimento pelo investimento, pois implicam um investimento que só se torna lucrativo em médio ou longo prazo, por meio da exploração do bem ou atividade¹⁰⁰⁴. Outro fator refere-se à participação multinacional das empresas, forçando a escolha de direitos alienígenas e a implantação de regimes jurídicos autônomos¹⁰⁰⁵. As condições oferecidas pelos contratos de investimento estrangeiro são apontadas como vantajosas para os investidores, já que sua flexibilidade e a participação do investidor na constituição da declaração negocial permitem que sejam poucas as situações em que o contrato se coloque em crise¹⁰⁰⁶.

Outras questões que ampliam a capacidade de articulação, racionalização e planificação do contrato¹⁰⁰⁷ são as cláusulas de estabilização e a internacionalização do contrato¹⁰⁰⁸. Com as cláusulas de intangibilidade, há uma autovinculação do Estado e a restrição de sua soberania; o contrato permanece imunizado ante modificações legislativas

¹⁰⁰⁰ GONÇALVES, P. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2008.

¹⁰⁰¹ *Ibidem*, p. 95.

¹⁰⁰² SILVA, 2013, p. 133.

¹⁰⁰³ SCHREUER, 2011, p. 5.

¹⁰⁰⁴ KIRKBY, M. A Contratação Pública nos Sectores Especiais. In: **Estudos de Contratação Pública II**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 41.

¹⁰⁰⁵ STRENGER, I. **Contratos Internacionais do Comércio**. 3. ed.. São Paulo: LTr, 1998, p. 48.

¹⁰⁰⁶ KIRKBY, M. **Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 42-43.

¹⁰⁰⁷ *Ibidem*, p. 43.

¹⁰⁰⁸ COSTA, 2010, p. 123.

supervenientes que possam afetar a posição das partes¹⁰⁰⁹. Essas cláusulas mitigam o risco, conferindo credibilidade diante de eventuais modificações da legislação que possam afetar a rentabilidade dos investimentos¹⁰¹⁰.

Não raramente, os contratos preveem a aplicação do direito interno do Estado receptor e a submissão dos eventuais conflitos dele decorrentes aos tribunais nacionais¹⁰¹¹. Porém, uma característica importante do contrato de investimento é a possibilidade de uma cláusula que permita a escolha do direito aplicável, de modo que o investidor preferirá um sistema que forneça mais estabilidade e segurança diante das possíveis modificações do direito do Estado receptor¹⁰¹². Muitas vezes, é negociada uma combinação da legislação nacional e das normas internacionais aplicáveis. Nos casos em que o direito internacional é parte do direito do Estado receptor, a escolha deste último incluirá o primeiro. Contudo, as constituições variam em relação à aplicabilidade que dão ao direito internacional¹⁰¹³.

Diante disso, surgiram duas posições: uma adotada pelos Estados receptores, para quem é natural que seu direito interno prevaleça, e outra, pelos investidores, que entendem que o direito internacional deverá prevalecer, e que deverão ser os tribunais arbitrais a julgar controvérsias da relação entre investidor e Estado¹⁰¹⁴. O primeiro caso em que houve uma disputa sobre isso foi o *Lanco International Inc. v. Argentina*¹⁰¹⁵, no qual o investidor escolheu levar a disputa ao ICSID no âmbito de um tratado bilateral, embora o contrato firmado com a Argentina estabelecesse que as disputas deveriam ser submetidas aos tribunais locais. O tribunal entendeu que o consentimento à arbitragem prevalece sobre qualquer disposição contrária¹⁰¹⁶.

Por outro lado, uma reivindicação puramente contratual dificilmente seria aceita para efeito de jurisdição dos tribunais, necessitando uma alegação de violação específica de disposições de tratados para estabelecer jurisdição¹⁰¹⁷. No caso *SGS v. Paquistão*¹⁰¹⁸, o tribunal julgou que não tinha jurisdição sobre reclamações contratuais que não constituíssem

¹⁰⁰⁹ GRAÇA, J. F. de O. **A natureza jurídica do contrato de investimento**: subsídios para uma construção a partir da influência do direito do investimento estrangeiro. 2013. Dissertação (mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) - Coimbra, Universidade de Coimbra, 2013, p. 99-101.

¹⁰¹⁰ Ibidem, p. 99-101.

¹⁰¹¹ VICUÑA, O. Of Contracts and Treaties in the Global Market. In: **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, v. 8, p. 341, 2004.

¹⁰¹² Ibidem, p. 349.

¹⁰¹³ SCHREUER, 2011, p. 5.

¹⁰¹⁴ VICUÑA, 2004, p. 349.

¹⁰¹⁵ *Lanco International Inc. v. The Argentine Republic* (ICSID, Caso n. ARB/97/6).

¹⁰¹⁶ VICUÑA, 2004, p. 350.

¹⁰¹⁷ Ibidem, p. 350.

¹⁰¹⁸ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República Islâmica do Paquistão* (ICSID, Caso n. ARB/01/13)

também violações às disposições do tratado de investimento. Prepondera o entendimento de que não apenas as pretensões fundadas na violação pelos Estados das garantias dos tratados de investimento, mas também as que resultam do descumprimento dos contratos concluídos pelos Estados ou outros entes públicos com investidores estrangeiros ao abrigo desses tratados estão sujeitas a sua jurisdição.

Contudo, pretensões contratuais, dissociadas da violação de um tratado de investimento, estão subtraídas à jurisdição dos tribunais arbitrais. A exceção verifica-se diante da cláusula guarda-chuva¹⁰¹⁹, na qual a dificuldade estará na possibilidade de transformar a violação de uma obrigação contratual do Estado em uma violação de obrigação decorrente de tratado, permitindo que os contratos sejam considerados como tratados do ponto de vista dos efeitos¹⁰²⁰. Trata-se de questão importante, pois os contratos têm sido cada vez mais considerados sujeitos à disciplina do direito internacional, e o direito interno dos Estados receptores mais afastados¹⁰²¹.

Como se observa, a realidade do contrato de investimento suscita divergências sobre a própria natureza jurídica, variando entre perspectivas privatistas, publicistas, internacionalistas e transnacionalistas¹⁰²². Tais contratos desafiam as relações típicas do direito internacional, impondo uma reflexão sobre sua capacidade de sofrer “adaptações” em noções elementares quando isso se torna conveniente.

¹⁰¹⁹ VICENTE, 2012, p. 761.

¹⁰²⁰ VICUÑA, 2004, p. 352.

¹⁰²¹ Ibidem, p. 355.

¹⁰²² Graça (2013, p. 145) explica que a primeira objetiva equiparar posições jurídicas das partes no contrato por via de cláusulas como as de estabilização, recurso à arbitragem. Contudo, a própria natureza de cláusulas como as de estabilização revela uma relação pautada pelo caráter desigual entre as partes e, de outro lado, visa estabilizar matérias que fogem ao domínio privado, como as ambientais. A perspectiva publicista qualifica o contrato como administrativo. Nesse aspecto, questões como a arbitragem internacional e a possibilidade de enquadrar o contrato como um contrato sobre o exercício de poderes públicos, cuja utilização é possível no âmbito do poder discricionário de conformação da Administração, manifesta o problema da sua compatibilidade diante de eventuais alterações pela via legislativa de regimes jurídicos pré-estabelecidos. Pela perspectiva internacionalista, argumenta-se a questão dos sujeitos que compõem a relação contratual e a existência de cláusulas que apontam para a internacionalização, como as de estabilização. E ainda, a existência de um relacionamento mais próximo entre o contrato de investimento e os tratados bilaterais. Já a que defende a natureza do contrato no domínio do direito transnacional destaca as especificidades desse contrato pela possibilidade de o investidor demandar internacionalmente o Estado.

CAPÍTULO III

O REGIME DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO: UM DESAFIO A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

1 O criticismo incidente sobre o regime do investimento estrangeiro

O desenvolvimento do direito internacional econômico — e em especial o regime do investimento estrangeiro — revela pontos críticos e desafiadores atrelados a sua configuração. A proteção do investimento estrangeiro, entendida como parte do direito consuetudinário internacional, e as medidas de proteção diplomáticas evoluíram para um sistema normativo repleto de peculiaridades, entre as quais um sistema de resolução de controvérsias fundado na arbitragem internacional¹⁰²³.

Quando o regime estruturou-se, esperava-se que se voltasse a proteger os investimentos oriundos dos países desenvolvidos contra expropriações dos governos de países em transição ou descolonizados¹⁰²⁴. A ideia era que, ao oferecer proteção aos investidores e um sistema de solução de controvérsias neutro, os Estados poderiam incentivar o investimento nos países em desenvolvimento, estimulando o crescimento econômico em benefício de todos¹⁰²⁵. Contudo, as coisas não se deram exatamente dessa forma¹⁰²⁶. Diversos problemas foram verificados desde a instituição do sistema, e os Estados, os investidores, a sociedade civil, as ONGs e os juristas passaram a questionar a legitimidade da disciplina sobre o investimento e a arbitragem de investimento¹⁰²⁷. Com a literatura crescente, esse

¹⁰²³ SCHILL, 2011, p. 57-102.

¹⁰²⁴ Ibidem, p. 58.

¹⁰²⁵ A estrutura e a substância desses tratados incorporam em grande parte os valores de um momento em que a visão de mundo dominante era que o investimento internacional necessariamente resultava em crescimento econômico, que o crescimento econômico sozinho assegurava o desenvolvimento e que as empresas não tinham outra finalidade a não ser lucrar. Esses valores não estão alinhados com o que sabemos ser necessário para alcançar o desenvolvimento sustentável (SALDARRIAGA, 2015).

¹⁰²⁶ SCHILL, 2011, p. 58.

¹⁰²⁷ Ibidem, p. 58.

aspecto passou a receber atenção e, na prática, o regime tem demonstrado não ter estrutura para responder às críticas sobre o déficit de legitimidade¹⁰²⁸.

As críticas abordam distintas dimensões do regime: verticais, horizontais, ideológicas e legais¹⁰²⁹. As verticais colocam em causa a legitimidade democrática do regime, afirmando que constitui uma forma vertical e ilegítima de regulação sobre os Estados. Há, portanto, uma desconexão vertical entre o direito supranacional e aquele criado por representantes eleitos dos países ou aplicado pelos tribunais locais¹⁰³⁰. Trata-se da assunção de que uma parte considerável do poder em elaborar as normas tem sido delegada ao processo de resolução de controvérsias entre investidor e Estados e aos casos julgados em outras arbitragens da mesma natureza. Para os críticos, a arbitragem entre investidores e Estados constitui uma delegação não democrática de autoridade, não sujeita a controle e que suprime a liberdade de ação das autoridades nacionais¹⁰³¹.

As críticas horizontais consideram que os tratados de investimento são ajustes assimétricos entre o Norte e o Sul. Nessa visão, o regime jurídico do investimento viola o princípio da igualdade soberana¹⁰³². A crítica decorre das questões afirmadas na proposição da NOEI e sustenta que o fato de a Alemanha ter sido o primeiro país a firmar um tratado bilateral de investimento não é casualidade, mas está ligado à origem desses tratados, voltados ao atendimento dos países exportadores de capitais¹⁰³³. Nesse sentido, sustenta-se que os países em desenvolvimento firmam tais tratados que não os beneficiam porque são pressionados e, em alguns casos, porque estão vinculados a compromissos com o FMI, que impõe os princípios do mercado livre. As arbitragens de investimento, nesse contexto, são cortes que visam aplicar normas privilegiadas aos estrangeiros¹⁰³⁴.

As críticas ideológicas assemelham-se às dirigidas a outras instituições internacionais, especialmente à OMC e ao FMI. Nessa prisma, o regime do investimento, tanto em seu conteúdo quanto em seus procedimentos de interpretação e aplicação, está estruturado a favor da ideologia do mercado livre e da privatização, ou seja, dos elementos do Consenso de

¹⁰²⁸ Ibidem, p. 58. O regime do investimento estrangeiro é hoje mais contestado que nunca. Muitos sustentam que o campo é desequilibrado em favor dos investidores privados em detrimento do espaço político nacional (PAUWELYN, 2014, p. 16).

¹⁰²⁹ ALVAREZ, J. E. **The public international law regimes governing international investment**. The Hague: Hague Academy of International Law, 2011, p. 75.

¹⁰³⁰ Ibidem, p. 85.

¹⁰³¹ Ibidem, p. 85.

¹⁰³² Ibidem, p. 85.

¹⁰³³ Ibidem, p. 85.

¹⁰³⁴ Ibidem, p. 87.

Washington¹⁰³⁵. Assim, concede poderes a atores privados para seguir uma agenda ideologicamente conduzida sem contemplar questões de interesse público¹⁰³⁶.

Quanto às críticas legais, são enfatizadas as falhas no regime do investimento estrangeiro¹⁰³⁷. Para alguns, o potencial *forum shopping*, em que os investidores podem optar pelo tratado que lhes confira o melhor tratamento, estimula o comportamento estratégico das multinacionais sem benefício aos Estados receptores¹⁰³⁸. Quanto à arbitragem de investimento, geralmente utilizada para resolver apenas disputas comerciais privadas, tem-se entendido que consiste em um mecanismo inapropriado para resolver questões sobre políticas públicas¹⁰³⁹. São manifestadas, ainda, preocupações quanto ao modo como operam os tribunais arbitrais, sem possibilidade de responsabilização pelas decisões e em procedimentos confidenciais e inacessíveis a outros interessados¹⁰⁴⁰. Há também uma ameaça mais geral ao direito internacional público, porque as decisões das arbitragens de investimento não são consistentes com outros tratados de investimento ou regimes do direito internacional, o que contribui para sua fragmentação¹⁰⁴¹.

Schill (2011, p. 66) salienta, entre as críticas de natureza jurídica, a vagueza ou a ambiguidade das disposições dos tratados, que, com base em princípios elaborados de modo genérico, restringem a soberania sem permitir uma diretriz clara aos tribunais arbitrais quanto ao âmbito das obrigações assumidas¹⁰⁴²; o número crescente de interpretações conflituais e inconsistentes pelos tribunais arbitrais quanto aos principais padrões de proteção, não apenas em relação a tratados distintos, mas também a casos virtualmente idênticos suscitados sob o mesmo tratado¹⁰⁴³; a fragmentação do direito internacional do investimento e, conseqüentemente, a falta de estabilidade e previsibilidade do processo de tomada de decisões dos tribunais arbitrais para investidores e Estados¹⁰⁴⁴; a percepção de um processo de interpretação favorável aos investidores e investimentos sobre questões políticas legítimas não relativas a investimento, como a proteção à saúde, ao patrimônio cultural, ao meio ambiente; e os aspectos processuais da arbitragem, em particular a confidencialidade dos procedimentos e

¹⁰³⁵ Ibidem, p. 89.

¹⁰³⁶ Ibidem, p. 89.

¹⁰³⁷ Ibidem, p. 90.

¹⁰³⁸ Ibidem, p. 91.

¹⁰³⁹ Ibidem, p. 91.

¹⁰⁴⁰ Ibidem, p. 92.

¹⁰⁴¹ Ibidem, p. 93.

¹⁰⁴² SCHILL, 2011, p. 66.

¹⁰⁴³ Ibidem, p. 66.

¹⁰⁴⁴ Ibidem, p. 67.

a ideia de que a solução de controvérsias sobre investimento constitui um processo no qual os afetados não têm voz¹⁰⁴⁵.

Em vista da relevância das críticas para a avaliação da compatibilidade do regime do investimento estrangeiro com a proteção dos direitos humanos, passa-se à análise dos principais pontos sobre os quais recaem as discussões, quais sejam, críticas relativas às normas substantivas dos tratados e ao sistema de arbitragem e, finalmente, os custos da arbitragem de investimentos¹⁰⁴⁶. Tem-se, pois, um conjunto de críticas que abordam a estrutura do regime do investimento estrangeiro como um todo¹⁰⁴⁷.

1.1 Críticas relativas aos tratados de investimento

O regime do investimento estrangeiro estrutura-se de modo amplo, composto por um vasto número de instrumentos legais entrelaçados que protegem os investidores e seus investimentos por meio dos tratados de investimento, dos contratos de investimento e das regulações internas sobre o investimento¹⁰⁴⁸. Os investidores podem beneficiar-se de uma grande quantidade de mecanismos simultaneamente, e mesmo quando um tipo de proteção não está disponível, pode-se geralmente encontrar outro tipo¹⁰⁴⁹.

A crítica é que com o grande número de tratados de investimento é possível estruturar os investimentos de modo a trazê-los ao alcance de pelo menos um tratado, o que permite o *treaty-shopping*¹⁰⁵⁰. Essa prática tem sido aceita pelos tribunais arbitrais como forma válida de planejar os investimentos antes do aparecimento da controvérsia¹⁰⁵¹. Contudo, também pode ocorrer após a realização do investimento, por exemplo, com a reestruturação da sociedade empresarial¹⁰⁵². Assim, a estrutura da regulação dos investimentos estrangeiros é

¹⁰⁴⁵ Ibidem, p. 67.

¹⁰⁴⁶ LINUSSON, J. **International Investment Law**: issues with investment treaties and a suggestion on how to change the calculation of compensation. Lund: Universidade de Lund, 2014. 25 p. Disponível em: <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOID=4918452&fileOID=4986391>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

¹⁰⁴⁷ Ibidem, p. 14.

¹⁰⁴⁸ MAUPIN, J. A. Public and Private in International Investment Law: an integrated systems approach. In: **Virginia Journal of International Law**, v. 54, n. 2, p. 367-435, 2014.

¹⁰⁴⁹ Ibidem, p. 380.

¹⁰⁵⁰ A discussão verificou-se no caso da Philip Morris, empresa americana que apresentou reclamação contra a Austrália através de sua filial de Hong Kong, aproveitando-se do tratado bilateral firmado entre Austrália e Hong Kong para reivindicar proteção (Ibidem, p. 380).

¹⁰⁵¹ Ibidem, p. 380.

¹⁰⁵² A distinção entre uma reorganização empresarial legítima ou abuso de direito dependerá das circunstâncias e da boa-fé dos investidores (BORMAN, 2011, p. 359-389).

um elemento que favorece os investidores, permitindo-lhes ter sempre à disposição um ou outro conjunto de disposições para sua proteção.

Outra questão refere-se à existência de disposições muito amplas nos tratados de investimento, o que permite interpretações favoráveis aos investidores. A crítica relaciona-se especialmente ao modo como as principais disposições são redigidas¹⁰⁵³. A definição do investimento estrangeiro, por exemplo, em sua maioria, é extremamente ampla, abrangendo “qualquer ativo que um investidor possua ou controle, direta ou indiretamente”. Essa definição permite alcançar inclusive os investimentos indiretos ou em carteira¹⁰⁵⁴, que não requerem a mesma proteção. Com isso, confere-se uma margem grande para a interpretação pelos tribunais arbitrais.

Há quem afirme não ser coincidência que grande parte dos tratados de investimento possua uma definição ampla dos investimentos e dos investidores, assim como previsões amplas sobre os níveis de proteção¹⁰⁵⁵. Defendem que os Estados perceberam que, ao ampliar o âmbito de proteção, aumentariam as chances de atrair o investimento e justificam que a expansão do campo da arbitragem de investimento não se dá pela interpretação dos tribunais, mas pela amplitude dos termos dos tratados¹⁰⁵⁶.

Todavia, a busca pelos fluxos de investimento estrangeiro não impõe que os Estados devam manter expressões e âmbitos de proteção imprecisos. Aliás, diante de interpretações muito amplas pelos tribunais arbitrais, alguns Estados têm mostrado cautela em relação à linguagem utilizada nos acordos de investimento, a fim de limitar as interpretações, já que, para os tribunais, a amplitude de suas interpretações fundamenta-se na intenção expressa pelo Estado no momento da criação do tratado¹⁰⁵⁷.

O problema central é que a natureza desses tratados não apenas assegura maior proteção aos investidores, mas também coloca limites importantes à soberania dos Estados. Nesse particular, critica-se o fato de as disposições dos tratados, quanto às obrigações dos Estados receptores em relação aos investidores, apresentarem-se nitidamente vagas. Tais obrigações costumam ser redigidas em forma de normas gerais, em vez de estabelecerem-se

¹⁰⁵³ SUBEDI, 2008, p. 200.

¹⁰⁵⁴ MAUPIN, 2014, p. 381.

¹⁰⁵⁵ EFILA. **A response to the criticism against ISDS**. 17 maio 2015. Disponível em: <http://efila.org/wp-content/uploads/2015/05/EFILA_in_response_to_the-criticism_of_ISDS_final_draft.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2015.

¹⁰⁵⁶ Ibidem, p. 8.

¹⁰⁵⁷ Ibidem, p. 9.

obrigações específicas¹⁰⁵⁸. Embora haja diferenças entre os tratados, grande parte estabelece obrigações relativas à forma de tratamento do investidor de maneira abstrata, o que dificulta sua aplicação nos diversos contextos, conduzindo a questionamentos como: que significa exatamente uma expropriação? Que significa um tratamento justo e equitativo pelo governo receptor?¹⁰⁵⁹ A ambiguidade cria um ambiente em que as percepções e a segurança dos investidores parecem importar mais do que a soberania e a capacidade de regulação dos Estados receptores, alimentando as críticas de que o regime favorece o investidor privado¹⁰⁶⁰.

Nesse aspecto, um relatório do próprio Congresso norte-americano apontou a necessidade de maior clareza em vários princípios e termos do direito internacional do investimento estrangeiro¹⁰⁶¹. O relatório sugeria aos negociadores que procurassem estabelecer nas futuras negociações padrões para expropriação e para o tratamento justo e equitativo, consistentes com os princípios e as práticas americanas. O objetivo é fornecer orientação sobre como os termos devem ser interpretados no futuro, limitando a liberdade do ICSID ou de outro tribunal¹⁰⁶². Isso porque as consequências da ambiguidade e da vagueza das disposições repercutem nas interpretações dos tribunais arbitrais, o que se dá em cada caso por árbitros de diferentes origens, cada um atribuindo às palavras dos tratados os significados derivados de sua experiência, o que conduz a entendimentos diametralmente opostos sobre os mesmos assuntos¹⁰⁶³.

Como consequência das ambiguidades textuais, surgem dificuldades também sobre a natureza da disciplina dos investimentos estrangeiros, por conta de questionamentos sobre se os investidores são detentores de direitos decorrentes de tratados de investimento, já que podem apresentar reclamações contra os Estados receptores por violações de obrigações decorrentes de tratados, ou se são meros beneficiários que possuem um interesse derivado da observância do Estado quanto às obrigações legais recíprocas, já que os próprios investidores não são partes dos tratados¹⁰⁶⁴. Os padrões dos tratados são tão vagos que se torna difícil distinguir entre direitos e interesses, especialmente nesse sistema em que os investidores

¹⁰⁵⁸ MAUPIN, 2014, p. 382.

¹⁰⁵⁹ Ibidem, p. 383.

¹⁰⁶⁰ Ibidem, p. 384.

¹⁰⁶¹ SUBEDI, 2008, p. 200.

¹⁰⁶² Ibidem, p. 200.

¹⁰⁶³ MAUPIN, 2014, p. 384.

¹⁰⁶⁴ Ibidem, p. 384.

podem obter compensações financeiras quando os Estados atuam contrariamente a suas expectativas¹⁰⁶⁵.

Entre as principais críticas está a de que os tratados de investimento, no geral, tampouco trazem disposições sobre os deveres dos investidores em relação ao Estado receptor ou a seus nacionais. Daí porque refletem certo desequilíbrio e soam como instrumentos sobre os direitos das empresas multinacionais e os deveres dos Estados soberanos, aparentemente cegos aos deveres das empresas multinacionais e aos direitos dos Estados soberanos¹⁰⁶⁶. Há quem justifique que os tratados de investimento nunca foram destinados a ser uma carta dos direitos econômicos e deveres, tanto das multinacionais quanto dos Estados, mas que têm uma finalidade mais limitada, voltada à promoção do investimento. Entretanto, isso não significa que as multinacionais não têm deveres e que os Estados não têm direitos¹⁰⁶⁷.

Especialmente com as discussões suscitadas pela globalização, novas preocupações têm sido atreladas às relações regidas pelos tratados de investimento. Mesmo assim, na elaboração dos tratados geralmente há pouca ou nenhuma disposição sobre temas relacionados ao direito internacional. O distanciamento reforça-se com a utilização da arbitragem como meio de solução de controvérsias, já que a interpretação dos árbitros tem enfatizado a separação entre a proteção do investimento e as demais questões, objeto de tratamento por outros regimes do direito internacional¹⁰⁶⁸. Essas preocupações foram algumas causas dos protestos contra o tratado multilateral sobre investimento estrangeiro, tendo em vista que não demonstrava atenção a temáticas como as ambientais ou as de direitos humanos. A grande questão é que os tratados de investimento têm sido focados integralmente na proteção dos interesses dos investidores estrangeiros e não dizem respeito aos interesses da comunidade internacional como um todo ou na proteção de valores relacionados a esta¹⁰⁶⁹. Embora os protestos tenham-se voltado contra o tratado multilateral de investimentos, atualmente, direcionam-se a todos os tratados de investimento¹⁰⁷⁰.

Nesse quadro, alguns tratados bilaterais passaram a estabelecer disposições sobre o meio ambiente e sobre as relações de trabalho, a fim de ampliar as obrigações dos investidores. Por exemplo, o acordo de investimento entre Bélgica e Luxemburgo possui dois

¹⁰⁶⁵ Ibidem, p. 384.

¹⁰⁶⁶ JUILLARD, 2001, p. 6.

¹⁰⁶⁷ Ibidem, p. 6.

¹⁰⁶⁸ SIMMA, B. Foreign Investment Arbitration: a place for human rights? In: **International and Comparative Law Quarterly**, v. 60, p. 573-596, jul. 2011.

¹⁰⁶⁹ SORNARAJAH, 2010, p. 225.

¹⁰⁷⁰ O único tratado que contempla a possibilidade de apresentar reclamação contra as multinacionais é o Acordo de Investimento da Associação das Nações do Sudeste Asiático (Ibidem, p. 225).

artigos separados sobre o meio ambiente e o trabalho, reconhecendo que cada parte tem o direito de estabelecer seus próprios níveis de proteção doméstica nessas áreas e devem garantir que sua legislação forneça um alto nível de proteção ambiental e ainda que os padrões trabalhistas sejam condizentes com os reconhecidos internacionalmente¹⁰⁷¹. Essas disposições estão entre as características inovadoras adotadas no modelo de tratado bilateral de investimento dos EUA, que passou a conter outros dois artigos, um sobre investimento e meio ambiente e outro sobre investimento e trabalho, estabelecendo que é inapropriado encorajar investimentos que enfraqueçam ou reduzam as proteções asseguradas na legislação interna¹⁰⁷².

A necessidade de superar o distanciamento entre os tratados de investimento e as demais questões do direito internacional público foi reconhecida com a elaboração de novos tratados de investimento, permeados por algumas considerações de interesse público. Isso não significa que a discussão esteja perto de encerrar-se, já que, de um lado, estão os que defendem a necessidade de modificação nos tratados de investimento para contemplar disposições sobre matérias como as ambientais e as de direitos humanos, e de outro lado, a posição pró-investimento, que sustenta que isso deve estar fora da competência da proteção de investimentos e dos tribunais arbitrais¹⁰⁷³.

A maioria dos acordos de investimento recém-celebrados tem inserido cláusulas que dizem respeito a preocupações ambientais, o que tem ocorrido preponderantemente pelo trabalho das organizações internacionais¹⁰⁷⁴. Trata-se de uma “nova geração” de políticas de investimento, voltada a uma política de desenvolvimento mais ampla e intrincada dentro de um quadro que busca manter um clima de investimento favorável¹⁰⁷⁵; essa nova geração pretende integrar sistematicamente o desenvolvimento sustentável e operacionalizá-lo em medidas e mecanismos concretos, em nível nacional e internacional, de política e implantação¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷¹ HOUDE, 2006, p. 157.

¹⁰⁷² Ibidem, p. 157.

¹⁰⁷³ DIEPEVEEN, R.; LEVASHOVA, Y.; LAMBOOY, T. Bridging the Gap between International Investment Law and the Environment, 4th and 5th November, The Hague, The Netherlands. In: **Utrecht Journal of International and European Law**, v. 30, n. 78, p. 145-160, 2014.

¹⁰⁷⁴ Ibidem, p. 145-160. Consequentemente surge uma nova demanda nas disputas entre investidores e Estados (UNCTAD, 2014).

¹⁰⁷⁵ UNCTAD. **International investment policymaking is in transition**. Geneva, 20 jun. 2013. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=548>>. Acesso em: 25 abr. 2014, p.16.

¹⁰⁷⁶ Ibidem, p. 17.

O Brasil, conhecido por manter-se à margem do regime bilateral de regulamentação dos investimentos estrangeiros, recentemente apresentou um novo modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos que se propõe a incluir uma dimensão voltada ao desenvolvimento sustentável, a buscar equilíbrio entre direitos e obrigações, preservar a capacidade regulatória do Estado, oferecer mecanismos de prevenção de litígios baseados no diálogo e nas consultas bilaterais e uma agenda dinâmica para a facilitação dos investimentos¹⁰⁷⁷. Apesar dos avanços, Borges (2015) observa que o modelo também trouxe retrocessos ao tornar voluntária a obrigação das empresas em respeitar os direitos humanos, já que a linguagem é de baixa normatividade e recheada de verbos exortatórios.

Outra abordagem que reflete a nova geração de tratados de investimento é a da Índia. Desde 2013, o país suspendeu as negociações de tratados bilaterais para, finalmente, em 2015, lançar um novo modelo. Isso se deu diante de um número crescente de reivindicações de investidores, muitas com questionamentos quanto a aspectos essenciais da política de investimento do país, em especial sua autonomia para regular as atividades econômicas¹⁰⁷⁸. As novas disposições incluem uma definição mais rigorosa do investimento, a exclusão total da tributação, a ausência da cláusula da nação mais favorecida e disposições de solução de controvérsias que exigem o esgotamento dos recursos internos pelo investidor antes de proceder à arbitragem internacional.

O principal aspecto do novo modelo refere-se ao conceito de *non investment concerns*, ou seja, questões não diretamente relacionadas aos investimentos. Embora o termo não possua uma definição precisa, alguns elementos têm sido considerados, como o direito de regulação, os direitos humanos, o desenvolvimento, o trabalho, a responsabilidade social da empresa, o meio ambiente e a cláusula anticorrupção¹⁰⁷⁹. Para Choukroune (2016, p. 170), o conceito não apenas engloba princípios essenciais dos direitos humanos, mas também revela um instrumento eficaz para a reunificação do direito internacional e para a aplicação coerente da redação de tratados à resolução de litígios. Segundo afirma, já é tempo de integrar a elaboração de tratados de investimento e adotar uma abordagem criativa para as definições de

¹⁰⁷⁷ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Cooperation and Facilitation Investment Agreement**. Disponível em: <http://unctad-worldinvestmentforum.org/wp-content/uploads/2015/03/Brazil_side-event-Wednesday_model-agreements.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2016.

¹⁰⁷⁸ CHOUKROUNE, L. Indian International Investment Agreements and “Non Investment Concerns”: time for a right(s) approach. In: **Jindal Global Law Review**, v. 7, n. 2, p. 157-174, 2016.

¹⁰⁷⁹ *Ibidem*, p. 160.

padrões baseados em direitos humanos, entre elas a conservação dos recursos naturais, a melhoria das condições de trabalho ou a saúde e segurança dos consumidores¹⁰⁸⁰.

Essas novas disposições, portanto, sugerem uma mudança, a indicar que as exigências da comunidade internacional têm produzido impacto na elaboração dos tratados. Entre os argumentos para harmonizar o regime do investimento estrangeiro com o conjunto do direito internacional estão a unilateralidade do regime, o déficit de participação pública na definição do quadro normativo do investimento estrangeiro, a falta de *expertise* dos Estados sobre o tema e a existência de uma espiral descendente regulatória que diminui a capacidade de regulação dos Estados para atrair os investimentos¹⁰⁸¹.

A unilateralidade do regime verifica-se, pois, embora este se volte a estabelecer responsabilidades às duas partes, na prática, as disposições dos tratados de investimento são de maior utilidade para os Estados exportadores de capital. Nesse quadro, os investidores são privilegiados com a concessão de direitos sem estarem sujeitos a obrigações¹⁰⁸². Outra questão refere-se ao fato de que, apesar dos impactos provocados pelos maiores investimentos internacionais, como a construção de usinas de energia, de redes de água, esgoto, poços de mineração e outros, são os tratados bilaterais de investimento que estabelecem o quadro normativo para tais projetos, e suas negociações ocorrem, em regra, fora da esfera de discussão pública, denunciando um déficit de participação por parte de setores interessados da sociedade e das ONGs¹⁰⁸³.

Constata-se ainda a falta de *expertise* para tratar dos assuntos relacionados aos investimentos estrangeiros, os quais, em geral, apresentam problemas jurídicos complexos e de uma importância econômica e política difícil de avaliar. Muitos países, importadores de capital, não possuem um conhecimento suficiente sobre as consequências dos tratados bilaterais de investimento ou dos quadros políticos que os envolvem¹⁰⁸⁴ e, embora

¹⁰⁸⁰ Ibidem, p. 170.

¹⁰⁸¹ JACOB, 2010, p. 21.

¹⁰⁸² Ibidem, p. 21.

¹⁰⁸³ Ibidem, p. 22.

¹⁰⁸⁴ Um relatório do governo sul-africano reconheceu que o Estado não percebeu a importância dos tratados de investimento assinados após o *Apartheid*. Antes de 1994, o país não tinha histórico de negociação de BITS, e os riscos dos tratados não foram avaliados, especialmente seus impactos nas futuras políticas (REPÚBLICA DA ÁFRICA DO SUL apud KURTZ, 2014, p. 261). Kurtz (2014) destaca que, segundo o procurador-geral do Paquistão, a estratégia do país para ingresso em tratados bilaterais de investimento era considerá-los um pedaço de papel, algo para a imprensa, uma boa oportunidade para fotografia.

renegociações e outras correções sejam possíveis, o desalinhamento inicial é suscetível de produzir resultados muito desfavoráveis¹⁰⁸⁵.

Autores há que sustentam a ausência de entendimento sobre o impacto das regras de investimento colocar em causa o valor do consentimento dos Estados e a legitimidade subjacente às regras¹⁰⁸⁶. Para esses, a própria noção de um modelo de tratado bilateral, desenvolvido por um país exportador de capital de acordo com suas preferências para enquadrar a negociação com uma ampla gama de países, é semelhante a uma forma padrão de contrato usada por grandes empresas privadas em um contexto de direito interno. O objetivo é maximizar a eficiência durante as negociações e preservar a uniformidade de cobertura legal, mas sempre refletindo as demandas do legislador dominante¹⁰⁸⁷.

Outra questão a prejudicar a capacidade de negociação dos Estados é a existência da espiral descendente regulatória (*race to the bottom*), a partir da qual, quanto maior liberdade o acordo de investimento oferece, mais atrativo será aos investidores. Com isso, um país importador de capital ganhará vantagem competitiva sobre os outros em situação semelhante, se fizer concessões maiores por meio do tratado de investimento. Mesmo que essa não seja a única condicionante para a negociação de um acordo de investimento, é inegável que produz efeitos do ponto de vista da capacidade regulatória dos Estados¹⁰⁸⁸, o que deixa o Estado receptor, posteriormente, de “mão atadas” por conta aos compromissos assumidos¹⁰⁸⁹.

Desse modo, o regime do investimento estrangeiro tem-se deparado com desafios e críticas sobre a legitimidade do sistema. Os resultados decepcionantes em relação ao direito internacional geral, o processo de tomada de decisão deficiente, as restrições injustificadas à soberania, as divergências de expectativas dos participantes e o impacto da recente crise econômica global¹⁰⁹⁰ colocam sua estrutura sob fortes ataques. A isso se acrescenta a difusão

¹⁰⁸⁵ JACOB, 2010, p. 23.

¹⁰⁸⁶ KURTZ, J. Building legitimacy through interpretation in investor-state arbitration. In: ZACHARY, D.; PAUWELYN, J.; VIÑUALES, J. (Eds.). **The foundations of international investment law: bringing theory into practice**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 262.

¹⁰⁸⁷ Ibidem, p. 262.

¹⁰⁸⁸ JACOB, 2010, p. 23. Isso se deu recentemente no Uzbequistão, onde uma empresa estrangeira de tabaco pressionou e obteve benefícios regulamentares como parte das condições de investimento. As proibições de publicidade foram substituídas por um código elaborado pela indústria de tabaco, e restrições antifumo foram reduzidas em troca de instalações de saúde e escolas (VADI, 2009, p. 452 e ss).

¹⁰⁸⁹ KURTZ, 2014, p. 262.

¹⁰⁹⁰ SALACUSE, J. W. The Emerging Global Regime for Investment. In: **Harvard International Law Journal**, v. 51, n. 2, p. 427-473, 2010a.

da proteção do investimento estrangeiro¹⁰⁹¹ e a explosão na utilização da arbitragem sobre investimentos¹⁰⁹².

1.2 Críticas relativas à arbitragem de investimentos

Raramente as disputas sobre investimentos são submetidas a tribunais internacionais, como o TIJ, salvo se os Estados receptor e de origem concordarem¹⁰⁹³. Atualmente, há uma tendência na utilização da arbitragem como meio de solução de controvérsias de investimentos envolvendo os investidores e os Estados receptores. Na maioria dos casos, são utilizados o ICSID ou as regras da UNCITRAL e outras instituições apenas minoritariamente¹⁰⁹⁴. Porém, diversas são as críticas a essa forma de solução de controvérsias, o que se reforça na medida em que o número de decisões aumenta e torna a arbitragem cada vez mais parte do cenário “normal” dos investimentos¹⁰⁹⁵.

O crescimento na utilização da arbitragem mostra-se surpreendente¹⁰⁹⁶ e constata-se pelo número de casos iniciados nos tribunais arbitrais de investimentos. Segundo a UNCTAD, em 2012, foram 58 novos casos, o número mais alto em um mesmo ano¹⁰⁹⁷. Em 2013, foram 57, aproximando-se de 2012¹⁰⁹⁸. Em 2014, em tendência contrária, os números diminuíram, com 42 novos casos¹⁰⁹⁹. As possíveis razões para a queda foram atreladas às críticas à

¹⁰⁹¹ Com a difusão dos tratados bilaterais, uma das mais bem-sucedidas histórias no direito internacional (SIMMA, 2011, p. 574).

¹⁰⁹² Ibidem, p. 574.

¹⁰⁹³ PETERSMANN, E.-U. Human Rights and Constitutionalism. In: BINDER, C. et al. **International investment law for the 21st century**: essays in honour of Christoph Schreuer. New York: Oxford University Press, 2009, p. 885.

¹⁰⁹⁴ Ibidem, p. 1.

¹⁰⁹⁵ BURKE-WHITE, W. W; STADEN, A. von. Private Litigation in a public law sphere: the standard of review in investor-state arbitrations. In: **The Yale Journal of International Law**, v. 35, n. 2, p. 284, 2010.

¹⁰⁹⁶ Segundo Van Harten (2005), a arbitragem de investimentos emergiu com a proliferação dos tratados de investimento nos anos 1990 e com a consciência sobre a arbitragem de investimento entre os investidores. Desde então, tem sido usada de maneira mais sofisticadas. Até o final de 2013, registraram-se 568 casos de arbitragem de investimentos (UNCTAD, 2014).

¹⁰⁹⁷ Em 66% dos novos casos os países em desenvolvimento ou economias em transição constituíram aqueles contra os quais foram apresentadas as reclamações e em 70% das decisões que trataram sobre o mérito da controvérsia as reclamações dos investidores foram aceitas, pelo menos em parte. Nove decisões em 2012 concederam indenizações aos requerentes, incluindo uma das maiores, totalizando US\$ 1,77 bilhão, no caso *Occidental v. Equador* (UNCTAD, 2014, p. 1).

¹⁰⁹⁸ Dos 57 novos casos, 45 consistiram em reclamações dos investidores de países desenvolvidos. De acordo com a UNCTAD, em 2013, em sete de oito decisões sobre o mérito, o tribunal aceitou pelo menos parte das reivindicações dos investidores (UNCTAD, 2014, p. 1).

¹⁰⁹⁹ UNCTAD, 2015, p. 1.

arbitragem de investimentos. Porém, em 2015, estabeleceu-se um novo crescimento anual, com 70 novos casos¹¹⁰⁰.

Nesse aspecto, grandes preocupações têm sido manifestadas, pois, ao firmarem tratados de investimentos, os Estados expressam a obrigação, em termos relativamente amplos, sobre a intenção de delegar o poder de decisão para resolver futuras disputas para juízes terceiros. O desafio, porém, é identificar o grau exato da delegação conferida aos árbitros de investimento¹¹⁰¹. Com a delegação, frequentemente, os árbitros passam a ter autoridade para tratar de questões que correspondem, em essência, a decisões governamentais¹¹⁰². Isso coloca a questão da legitimidade dos árbitros para decidirem sobre temas que devem estar sujeitos ao crivo democrático. Em última análise, os tribunais arbitrais teriam o condão de substituir-se ao poder regulatório de um Estado.

Assim, as arbitragens de investimento passaram a ser vistas como uma ameaça ao poder regulatório dos Estados, no que se denomina *chilling effect*, ou seja, uma situação em que os Estados deixam de promulgar ou aplicar medidas regulamentares por conta da ameaça de uma arbitragem de investimentos¹¹⁰³. Essa situação decorre geralmente da não elaboração de uma legislação que se antecipe à possibilidade da arbitragem, de legislações elaboradas com vistas aos riscos da arbitragem e do efeito intimidador após o resultado de uma disputa específica¹¹⁰⁴. Para os defensores da arbitragem, a descrição desse sistema como uma força que restringe indevidamente os poderes de regulação dos países, no exercício de sua soberania não tem qualquer base na ciência ou na análise do direito internacional dos investimentos ou de estatísticas do sistema de arbitragem entre investidor-Estado¹¹⁰⁵.

Os críticos têm afirmado que os tribunais arbitrais interpretam as disposições dos tratados de investimento a favor dos investidores estrangeiros. Sustentam que, na prática, há uma tendência ao favorecimento indevido aos investidores, ou seja, às grandes empresas multinacionais¹¹⁰⁶. Embora o tribunal, no caso *Noble Ventures v. Romania*¹¹⁰⁷, tenha afirmado que não é aceitável, como frequentemente ocorre, que as cláusulas sejam interpretadas exclusivamente em favor dos investidores, isso se dá com frequência. No caso *El Paso*

¹¹⁰⁰ UNCTAD, 2016, p. XII.

¹¹⁰¹ KURTZ, 2014, p. 267.

¹¹⁰² VAN HARTEN, G.; LOUGHLIN, M. Investment treaty arbitration as species of global administrative law. In: **European Journal of International Law**, v. 17, n. 1, p. 121-150, 2006.

¹¹⁰³ EFILA, 2015, p. 26.

¹¹⁰⁴ Ibidem, p. 26.

¹¹⁰⁵ Ibidem, p. 30.

¹¹⁰⁶ SIMMA, 2011, p. 575.

¹¹⁰⁷ *Noble Ventures Inc. v. Romania* (ICSID, Caso n. ARB/01/11, Julgamento em 12 de outubro de 2005).

*Energy International Co. v. Argentina*¹¹⁰⁸, o próprio tribunal invocou a necessidade uma interpretação equilibrada, que leve em conta a soberania do Estado e sua responsabilidade em criar uma estrutura adaptada e evolutiva para o desenvolvimento das atividades econômicas¹¹⁰⁹.

Há quem defenda que as decisões a favor dos investidores decorrem da interpretação dos propósitos e dos objetivos dos tratados indicados no preâmbulo dos respectivos instrumentos, segundo o qual, presta-se a estimular e a estabelecer proteção aos investimentos¹¹¹⁰. Afirmam que, embora, a princípio, a linguagem possa sugerir que a interpretação das amplas disposições dos tratados sejam favoráveis aos investidores, muitos tribunais adotam uma abordagem equilibrada¹¹¹¹. Alegam que o sistema não pode ser considerado desequilibrado porque foi criado pelos Estados, que criaram certas condições para os investidores e que conferiram então a estes o direito de usar tais condições para protegerem-se¹¹¹². Essa posição, entretanto, desconsidera o modo como o regime do investimento estrangeiro foi edificado e a existência de diferenças significativas no poder econômico dos Estados. A premissa de que partem é de que o direito internacional econômico e seus campos desenvolveram-se entre Estados iguais e soberanos; contudo, o equilíbrio entre os países, desde o término da Segunda Guerra, nunca esteve entre as características reais do direito internacional econômico.

Ademais, como se destacou, a amplitude das disposições contidas nos tratados de investimento confere aos árbitros a possibilidade de conduzirem as interpretações de modo mais benéfico aos investidores. Isso se dá porque o que se interpõe entre as normas imprecisas dos tratados e a demanda dos investidores é a forma como os árbitros os interpretam. Se a disposição não é precisa, permite uma interpretação ampla, o que ressalta o papel dos árbitros, a quem se confere o poder de decisão¹¹¹³. Daí porque a vagueza e a imprecisão de alguns

¹¹⁰⁸ *El Paso Energy International Co. v. Argentina* (ICSID, Caso n. ARB/03/15, Decisão sobre Competência em 27 de abril de 2006).

¹¹⁰⁹ KROMMENDIJK, J.; MORIJN, J. Proportional by What Measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor State Arbitration. In: DUPUY, P.-M.; FRANCIONI, F.; PETERSMANN, E.-U. (Eds.). **Human rights in international investment law and arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 431.

¹¹¹⁰ EFILA, 2015, p. 12.

¹¹¹¹ Ibidem, p. 12.

¹¹¹² Ibidem, p. 12.

¹¹¹³ EBERHARDT, P.; OLIVET, C.; AMOS, T.; BUXTON, N. **Profiting from injustice**: how law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom. Bruxelas: CEO, 2012. Disponível em: <<http://corporateurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

princípios essenciais do regime do investimento estrangeiro conferem ampla liberdade para os tribunais interpretarem e favorecem interpretações divergentes¹¹¹⁴.

Não são poucas as críticas por julgamentos incoerentes que conduzem à inconsistência e à imprevisibilidade das decisões. O caso mais conhecido verificou-se em disputas contra a Argentina, de que resultaram mais de 50 arbitragens, nas quais muitas decisões foram contraditórias¹¹¹⁵. Sobre a tese de estado de necessidade argumentada pela Argentina, em decorrência da crise econômica de 2001-2002, como defesa diante de reclamações relativas à violação de tratados de investimento, os tribunais chegaram a conclusões muito diferentes. Nos casos CMS¹¹¹⁶, Enron¹¹¹⁷ e Sempra¹¹¹⁸, consideraram que a defesa não era aceitável¹¹¹⁹. No caso LG&E¹¹²⁰, o tribunal decidiu que, entre dezembro de 2001 e abril de 2003, a Argentina esteve em estado de necessidade, pelo que deveria ser isenta do pagamento de compensação por prejuízos a que deu causa no período. O julgamento do caso CMS foi objeto de um recurso para a anulação da decisão, no qual, embora o Comitê de Anulação tenha reconhecido erros no tratamento do tribunal sobre o estado de necessidade, recusou-se a anular a decisão, sustentando que os erros não correspondiam a um excesso manifesto de poderes ou à falta de fundamentação, como teria sido necessário para a anulação¹¹²¹.

Tais casos demonstram a desordem¹¹²² e revelam as inconsistências nos julgamentos arbitrais, especialmente porque os fatos foram substancialmente os mesmos¹¹²³. As inconsistências geram incertezas e prejuízos às expectativas legítimas, tanto dos investidores quanto dos Estados, pois geralmente dizem respeito a casos que envolvem os mesmos fatos, partes relacionadas e direitos de investimentos semelhantes, ou ainda casos que envolvem situações comerciais e direitos de investimento semelhantes, ou casos que envolvem partes e situações comerciais diferentes, mas os mesmos direitos¹¹²⁴. Assim, a crítica quanto à crise de legitimidade do sistema vê-se reforçada, pois um sistema que permite a coexistência de

¹¹¹⁴ SUBEDI, 2008, p. 196.

¹¹¹⁵ THJOERNELUND, M. C. H. State of Necessity as an Exemption from State Responsibility for Investments. In: **Max Planck Yearbook of United Nations**, v. 13, p. 423-479, 2009.

¹¹¹⁶ *CMS Gas Transmission Co. v. Republica Argentina* (ICSID, Caso n. ARB/01/8).

¹¹¹⁷ *Enron Corp & Ponderosa Assets LP v. Republica Argentina* (ICSID, Caso n. ARB/01/3).

¹¹¹⁸ *Sempra Energy Int'l v. República Argentina* (ICSID, Caso n. ARB/02/16).

¹¹¹⁹ MCLACHLAN, C. Investment Treaties and General International Law. In: **International and Comparative Law Quarterly**, v. 57, p. 361-401, 2008, p. 386.

¹¹²⁰ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. República Argentina* (ICSID, Caso n. ARB/02/1).

¹¹²¹ MCLACHLAN, 2008, p. 386.

¹¹²² *Ibidem*, p. 386.

¹¹²³ *Ibidem*, p. 386.

¹¹²⁴ FRANCK, 2005, p. 1583.

decisões diametralmente opostas não pode perdurar, já que se confronta com o senso de legalidade e de justiça¹¹²⁵.

Entre os que se contrapõem a essa crítica, afirma-se que os tratados são negociados entre partes distintas e que cada tribunal está vinculado à aplicação das normas substantivas caso a caso, o que leva a divergências de interpretações, consequência natural do sistema¹¹²⁶. Entretanto, há casos sobre os mesmos fatos e mesmos direitos com decisões completamente opostas, a indicar que o sistema não mostra compromisso com a segurança jurídica. Um sistema dessa natureza parece longe de ser adequado para julgar questões que envolvem os investimentos estrangeiros, em função de seus efeitos.

Do ponto de vista procedimental, também são identificados pontos problemáticos relacionados à arbitragem de investimentos, o que se deve ao fato da adoção do modelo da arbitragem comercial privada, que é transplantada para as questões governamentais sem considerar que as decisões no contexto dos investimentos podem afetar uma ampla gama de atores além das duas partes em litígio¹¹²⁷.

Embora a arbitragem de investimentos e a arbitragem comercial internacional adotem procedimentos semelhantes, seu conteúdo é diferente. Basta que se verifique que tanto a jurisprudência arbitral quanto a doutrina costumam exigir algumas condições para a existência do investimento. O entendimento é de que é necessário um aporte do investidor, que este assuma um caráter duradouro, que comporte um risco e que implique um desenvolvimento específico ao Estado receptor. As características de durabilidade do investimento e, sobretudo, a participação no desenvolvimento do país receptor tornam a arbitragem de investimentos diferente da comercial, que pressupõe apenas fluxo e refluxo de serviços, bens ou moedas entre fronteiras¹¹²⁸. Tal questão toca diretamente na natureza da arbitragem de investimentos e coloca polêmicas quanto ao cabimento desse procedimento em um contexto em que se enfrentam, cada vez mais, questões de interesse público¹¹²⁹. As críticas centram-se na inadequação do modelo da arbitragem comercial para as controvérsias entre investidores e Estado.

¹¹²⁵ Ibidem, p. 1583.

¹¹²⁶ EFILA, 2015, p. 12-13.

¹¹²⁷ VAN HARTEN; LOUGHLIN, 2006, p. 126, 2006.

¹¹²⁸ CHEDLY, L. Ordre public transnational et investissement. In: HORCHANI, F. (Org.). **Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre**: actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006. Paris: A. Pedone, 2007, p. 289-313.

¹¹²⁹ ISHIKAWA, T. Third party participation in investment treaty arbitration. In: **International and Comparative Law Quarterly**, v. 59, issue 2, p. 377, abr. 2010.

Uma delas volta-se à confidencialidade dos procedimentos, que limita as possibilidades de controlar, avaliar e, finalmente, de aceitar não só o processo arbitral, mas a operação do regime jurídico do investimento¹¹³⁰. Como a arbitragem de investimento é baseada na arbitragem comercial, a confidencialidade existe mesmo em se tratando de disputas contra os Estados. Isso significa que, a menos que seja parte na disputa (um investidor ou um Estado), o acesso será mínimo às alegações e às provas e poucas serão as oportunidades para participação do *amicus curiae*. Frequentemente, as próprias decisões são confidenciais e não disponíveis ao público¹¹³¹. Embora existam exceções, os acordos de investimentos geralmente não possuem disposições sobre a publicidade dos procedimentos¹¹³². As regras da UNCITRAL, até 2014, continham previsões de que as indenizações não seriam publicadas sem o consentimento das partes¹¹³³. O ICSID, embora tenha buscado implantar uma política de maior transparência com a publicação das indenizações, ainda demonstra indefinições sobre a publicação sistemática e abrangente, e muitas informações são inacessíveis¹¹³⁴.

Para os que sustentam as desvantagens da transparência irrestrita, os argumentos recaem sobre quatro categorias: (i) os custos, (ii) os atrasos, (iii) a confidencialidade prejudicada e (iv) o sigilo enfraquecido. A publicidade é também relacionada ao perigo da politização das disputas de investimento¹¹³⁵. Entretanto, argumento algum se sobrepõe ao alcance e às consequências das decisões tomadas nesse âmbito, que podem envolver um número indeterminado de pessoas. Por isso, são incapazes de justificar as restrições à publicidade e às informações.

À falta de publicidade alia-se a insegurança dos procedimentos, pois dentro do mesmo quadro institucional e processual, os painéis individuais são constituídos *ad hoc*. Os árbitros não dispõem de um vínculo fixo, e seus compromissos não duram mais do que o tempo da disputa¹¹³⁶. Além disso, o modo como se procede à escolha dos árbitros tem conduzido a críticas a respeito da falta de independência e imparcialidade e mesmo da existência de um grupo de árbitros de elite¹¹³⁷. Argumenta-se que a comunidade de árbitros é pequena e

¹¹³⁰ JACOB, 2010, p. 24.

¹¹³¹ FRANCK, 2005, p. 1545.

¹¹³² Entre as exceções estão o art. 38 do modelo de tratado bilateral de investimento canadense (2004) e o art. 10 do modelo norte americano (2004) (JACOB, 2010, p. 24).

¹¹³³ Em 2014, após intenso criticismo, foram adotadas as regras da UNCITRAL sobre transparência nas arbitragens de investimento entre investidores e Estados.

¹¹³⁴ JACOB, 2010, p. 24.

¹¹³⁵ EFILA, 2015, p. 17.

¹¹³⁶ KURTZ, 2014, p. 268.

¹¹³⁷ EBERHARDT et al., 2012, p. 48.

bastante unida e que a garantia de uma próxima nomeação para um tribunal dessa natureza dá-se com base na exibição de probidade comercial e lealdade aos valores das multinacionais, o que se agrava com a permissão de que os árbitros atuem como consultores em outros casos¹¹³⁸.

Na maioria dos casos, dois dos três árbitros são apontados pelas partes em disputa, um pelo investidor e outro pelo Estado demandado. O árbitro presidente é apontado por acordo entre as partes ou por seus árbitros nomeados, ou, mais comumente, por uma autoridade institucional designada de uma das principais instituições de arbitragem¹¹³⁹. Assim, o regime conduz a comportamentos estratégicos previsíveis, uma vez que o investidor aponta um árbitro que acredita ser a favor dos investidores ou conhecido por seus argumentos a favor dos investidores, e o Estado demandado faz o mesmo ao apontar o árbitro que acredita que o absolverá. Contudo, os árbitros nomeados pelos Estados nem sempre atendem às expectativas dos nomeantes, e essa tendência verifica-se com frequência capaz de alimentar as críticas de que o sistema é tendencioso¹¹⁴⁰. Alguns sustentam que a tendência alcança os árbitros presidentes, a quem compete o voto decisivo em muitos casos. O fundamento é de que como os três árbitros são pagos pelas partes, e apenas os investidores podem iniciar os procedimentos, os árbitros presidentes, que desejam ser apontados em futuras arbitragens, têm um incentivo em assegurar que os investidores ganhem¹¹⁴¹.

Com isso, afirma-se que os árbitros de investimento estão longe de serem guardiões neutros e imparciais. Ao contrário, sustenta-se que são atores-chave do que se define como “indústria da arbitragem”, já que possuem interesses financeiros nas arbitragens¹¹⁴². Nesse sentido, há quem identifique um “pequeno clube secreto” de quinze árbitros com influência suficiente para conduzir as arbitragens de investimento¹¹⁴³. O que chama atenção é que os árbitros possuem laços com o mundo corporativo e compartilham das ideias das empresas sobre proteção dos lucros dos investidores¹¹⁴⁴. A concentração de casos nas mãos do grupo¹¹⁴⁵

¹¹³⁸ JACOB, 2010, p. 26.

¹¹³⁹ MAUPIN, 2014, p. 385.

¹¹⁴⁰ Ibidem, p. 385.

¹¹⁴¹ Ibidem, p. 386.

¹¹⁴² EBERHARDT et al., 2012, p. 35.

¹¹⁴³ Ibidem, p. 36.

¹¹⁴⁴ Afirma-se que os quinze árbitros participaram das decisões de 55% dos casos conhecidos (Ibidem, p. 38).

¹¹⁴⁵ Hirsch (2014, p. 261) destaca que a “comunidade da arbitragem de investimentos” pode ser caracterizada como um grupo composto de advogados, árbitros e acadêmicos especializados. Essa comunidade compartilha normas básicas, incluindo os principais deveres dos árbitros (como neutralidade, justiça, sigilo, *expertise* e eficiência) e seus membros preocupam-se com o respeito de seus colegas e exercem pressão entre seus pares para cumprir as normas do grupo.

com entendimentos semelhantes tem conduzido a questionamentos sobre a unilateralidade do sistema¹¹⁴⁶.

Além disso, muitos dos árbitros selecionados pelas partes têm conhecimentos comerciais e não abordam regularmente assuntos de direito internacional público¹¹⁴⁷. Dessa forma, muitos apresentam um enfoque positivista, enraizado na tradição da arbitragem comercial, o que dificulta o entendimento voltado ao respeito, por exemplo, pelos direitos humanos no *ethos* da arbitragem convencional¹¹⁴⁸, o que coloca a questão de saber em que medida os árbitros devem atuar como agentes das partes contratantes e até que ponto podem considerar-se agentes de uma comunidade global mais ampla¹¹⁴⁹.

Outro aspecto refere-se à impossibilidade de responsabilização dos árbitros em disputas sobre investimentos. Isso se dá porque a falta de transparência nos processos impede o controle sobre sua atuação¹¹⁵⁰. Além disso, os árbitros normalmente não possuem qualquer relação com o Estado cuja regulamentação é objeto de controvérsia e, assim, o grau em que podem ser responsabilizados pelo público afetado por suas decisões revela-se insignificante, para além do fato de que as decisões antidemocráticas sequer podem ser revogadas pelos governos¹¹⁵¹. O controle democrático fica afastado, restando a solução da questão a indivíduos sem qualquer contato com as tradições jurídicas, políticas, sociais e culturais dos Estados¹¹⁵².

Esse quadro, em conjunto com a falta de elementos de estabilização, como o respeito pelo precedente¹¹⁵³ ou um processo de apelação que poderia conciliar diferentes vertentes jurisprudenciais, evidencia uma fonte de irregularidades e incertezas¹¹⁵⁴. Atualmente, as opções para lidar com as decisões inconsistentes são limitadas, pois não há um sistema para

¹¹⁴⁶ Entre os que se contrapõem a essa posição, justifica-se que a arbitragem de investimentos baseia-se na autonomia das partes, que escolhem seus árbitros. Para estes, se os Estados estão desconfortáveis com os atuais árbitros, podem escolher outros (EFILA, 2015, p. 23). Essa “resposta”, contudo, não alcança a complexidade e a gravidade dos questionamentos sobre os indicativos constatados.

¹¹⁴⁷ Para Jacob (2010, p. 25), muitos especialistas em direitos humanos também não têm conhecimento suficiente dos aspectos técnicos e empresariais do direito internacional do investimento.

¹¹⁴⁸ Ibidem, p. 25.

¹¹⁴⁹ SWEET, 2010, p. 2.

¹¹⁵⁰ CHOUDHURY, B. Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration’s Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit? In: **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 1, p. 735-882, maio 2008. Disponível em: <<https://www.vanderbilt.edu/wp-content/uploads/sites/78/Choudhury-edits-entered-ARJ-final.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

¹¹⁵¹ Ibidem.

¹¹⁵² MAUPIN, 2014, p. 385.

¹¹⁵³ Embora o princípio do precedente da *common law* não se aplique à arbitragem internacional, isso não impede que um tribunal posterior adote a decisão de um tribunal anterior. Na prática, os tribunais parecem citar as decisões de tribunais anteriores apenas quando conveniente (SUBEDI, 2008, p. 207).

¹¹⁵⁴ JACOB, 2010, p. 24-25.

tratar disso em toda a rede de tratados de investimento e inexistente um mecanismo uniforme para corrigir as decisões incompatíveis¹¹⁵⁵. Essa “colcha de retalhos” nos mecanismos de solução de controvérsias de investimento impossibilita as revisões do mérito ou a correção de erros judiciais¹¹⁵⁶.

Uma boa parte da percepção da falta de legitimidade das decisões oriundas da arbitragem entre investidores e Estados decorre dos padrões inapropriados de revisão, notadamente quando os tribunais decidem questões de direito internacional público relacionadas à conduta dos Estados e frente à falta de fundamentos jurisprudenciais claros sobre os padrões de revisão aplicáveis¹¹⁵⁷. As partes que hajam recebido sentenças arbitrais inconsistentes têm apenas duas opções: anular a sentença ou tentar esvaziar a indenização no local da execução. A opção depende ainda de a indenização ser concedida de acordo com a Convenção do ICSID ou sobre um sistema diferente, por exemplo, uma arbitragem *ad hoc* conduzida sob as regras da UNCITRAL¹¹⁵⁸. De todo modo, o processo de anulação, nos termos da Convenção do ICSID não se caracteriza como um recurso sobre o mérito da decisão. Mesmo a anulação é limitada a tais fundamentos: que o tribunal não foi devidamente constituído, que excedeu manifestamente seus poderes, que um membro do tribunal foi corrupto, que houve um grave desvio de uma norma fundamental relativa aos procedimentos ou ainda que a indenização não possui a indicação das razões em que se fundamentou. Portanto, um erro do tribunal, de fato ou de direito, não justifica a anulação de uma indenização por qualquer desses motivos¹¹⁵⁹. Uma vez que se tenha concluído o processo de anulação, não há mais possibilidade de discutir as indenizações com base na Convenção do ICSID, ainda que inconsistentes, e elas passam a ser aplicáveis¹¹⁶⁰. Mesmo fora da convenção, o ataque às decisões não é fácil, pois inexistente um procedimento de anulação, e as discussões sobre a inconsistência das decisões são remetidas à sede da arbitragem ou ao local onde se busca a execução¹¹⁶¹.

Na medida em que as questões sobre a legitimidade das decisões arbitrais tocam no cerne da utilidade do uso da arbitragem, a preocupação com a crise de legitimidade aumenta. Do contrário, indenizações conflitantes, deferidas com base em fatos idênticos ou com base nas mesmas disposições de tratados de investimento passarão a caracterizar uma ameaça à

¹¹⁵⁵ FRANCK, 2005, p. 1546.

¹¹⁵⁶ Ibidem, p. 1546.

¹¹⁵⁷ BURKE-WHITE, 2010, p. 285.

¹¹⁵⁸ FRANCK, 2005, p. 1547.

¹¹⁵⁹ Ibidem, p. 1547.

¹¹⁶⁰ Ibidem, p. 1548.

¹¹⁶¹ Ibidem, p. 1550.

ordem jurídica internacional e à existência dos tratados de investimento¹¹⁶². Por isso, há quem sustente a necessidade de criação de mecanismos de apelação contra certas decisões dos tribunais arbitrais¹¹⁶³. Para alguns, isso poderia ser construído nos mecanismos existentes, como no ICSID, ou nas regras da UNCITRAL¹¹⁶⁴. O objetivo seria harmonizar diferentes tendências na interpretação das regras do investimento estrangeiro e os pontos de vista divergentes dos vários tribunais de investimento¹¹⁶⁵. Outra possibilidade seria a criação de uma corte internacional de investimentos, que teria o condão de conferir maior legitimidade, responsabilidade e transparência do que um tribunal arbitral *ad hoc*¹¹⁶⁶.

Ainda entre os apelos para conferir maior legitimidade aos procedimentos, estão os que buscam maior participação pública na arbitragem de investimentos¹¹⁶⁷. Nesse contexto, coloca-se a participação do *amicus curiae* nas disputas entre investidores e Estados, que tem sido utilizada em vários sistemas jurídicos nacionais e justifica-se no reconhecimento da posição de uma terceira parte que permite fornecer ao tribunal uma perspectiva especializada em relação à questão em disputa¹¹⁶⁸.

Normalmente, a participação do *amicus curiae* dá-se por manifestações escritas endereçadas aos decisores e, em alguns casos, com a possibilidade de participação em audiências orais, acesso a documentos das partes e interrogatório de testemunhas¹¹⁶⁹. Essa participação foi inicialmente rejeitada pelos tribunais de investimento, tendo em vista as diferenças procedimentais entre a arbitragem internacional e as decorrentes das cortes nacionais. No caso *Aguas del Tunari v. Bolívia*, o ICSID negou aos cidadãos e a grupos ambientalistas a possibilidade de participar do caso sob o argumento de que o tratado bilateral de investimento em causa e a Convenção do ICSID exigiam o consentimento das partes, ausente no caso¹¹⁷⁰.

Atualmente, há uma tendência de permitir-se a participação do *amicus curiae*, o que ocorre, em parte, por conta da pressão popular e das críticas. Isso se vislumbra com a manifestação das partes do NAFTA, com a inclusão dessa previsão nos modelos de tratados bilaterais de investimento dos EUA e do Canadá, das regras do ICSID e da UNCITRAL,

¹¹⁶² Ibidem, p. 1583.

¹¹⁶³ SUBEDI, 2008, p. 205-206.

¹¹⁶⁴ Ibidem, p. 205-206.

¹¹⁶⁵ Ibidem, p. 205-206.

¹¹⁶⁶ Ibidem, p. 208.

¹¹⁶⁷ LEVINE, E. 'Amicus Curiae' in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation. In: **Berkeley Journal of International Law**, v. 29, issue 1, p. 200 e ss., 2011.

¹¹⁶⁸ Ibidem, p. 207.

¹¹⁶⁹ Ibidem, p. 207.

¹¹⁷⁰ Ibidem, p. 207.

estabelecendo a possibilidade de serem apresentadas manifestações sobre o caso em controvérsia. A legitimidade da participação de terceiros baseia-se na percepção de que se estará diante de um ator neutro e que não será inclinado para um dos valores em oposição ao outro¹¹⁷¹. Busca-se maior respaldo no julgamento, além de permitir abertura e transparência no processo¹¹⁷². De modo geral, pretende-se assegurar a integração dos temas de interesse público com os interesses dos investidores estrangeiros, até porque, entre os princípios da arbitragem internacional estão o da subordinação ao direito internacional, da boa-fé e da justiça procedimental e substantiva¹¹⁷³.

Em conjunto, porém, o contexto tendencioso do sistema da arbitragem de investimentos e as dificuldades em adotar mecanismos que contribuam para melhorar o sistema têm feito com que os países em desenvolvimento e as economias em transição mostrem-se cada vez mais frustrados diante das regras unilaterais, que permitem aos investidores privados demandá-los por meio da arbitragem sempre que se introduzem medidas regulamentares no exercício de sua soberania¹¹⁷⁴.

Como consequência do processo de deslegitimação dos tribunais arbitrais de investimento, houve a retirada de alguns Estados e a recusa de outros a ao sistema. A Bolívia e o Equador decidiram deixar o ICSID, e a Nicarágua manifestou-se no sentido de vir a fazê-lo. O Equador foi mais longe ao rejeitar as arbitragens de investimento em sua Constituição e ao excluir a possibilidade de futuros tratados que confirmam jurisdição sobre disputas entre investidor-Estado a tribunais arbitrais fora da América Latina¹¹⁷⁵. Em 2011, a Austrália rejeitou as arbitragens de investimento, juntando-se à Bolívia¹¹⁷⁶, ao Equador e à Venezuela, que contestaram elementos fundamentais do regime do investimento estrangeiro. A posição da Austrália passou a ter influência na região da Ásia-Pacífico, com a Índia e a Coreia do Sul expressando preocupação com os mecanismos de solução das disputas entre investidor-

¹¹⁷¹ SWEET, 2010, p. 3.

¹¹⁷² LEVINE, 2011, p. 208.

¹¹⁷³ MACHADO, 2006, p. 625.

¹¹⁷⁴ KONONOV, 2011, p. 134.

¹¹⁷⁵ SIMMA, 2011, p. 575.

¹¹⁷⁶ Em maio de 2007, o presidente boliviano, Evo Morales, afirmou que rejeitava as pressões legais, midiáticas e diplomáticas de algumas multinacionais que resistem à regulação de países soberanos através de ameaças e reclamações de arbitragem internacional (BURKE-WHITE, 2010, p. 299).

Estado¹¹⁷⁷. A não ratificação pela Rússia da Convenção do ICSID e a recusa do Brasil em participar¹¹⁷⁸ são mais alguns sinais que podem retratar uma tendência global¹¹⁷⁹.

A relutância crescente dos Estados constitui um elemento a denunciar a crise do sistema¹¹⁸⁰. Para os críticos da arbitragem de investimentos, Estados como o Brasil, apesar de não firmarem frequentemente tratados de investimento e não terem ingressado no ICSID, continuam sendo um dos maiores receptores de investimento estrangeiro, o que sinaliza que compromissos dessa natureza não são determinantes¹¹⁸¹. Mesmo os defensores do regime e da arbitragem entre investidores e Estados concordam que, embora os tratados de investimento e a arbitragem sejam importantes, não são as únicas ferramentas para atrair o investimento¹¹⁸². Nesse quadro, a UNCTAD reconheceu que o discurso sobre a utilidade e a legitimidade dos mecanismos de solução de controvérsias entre investidores e Estados está a ganhar força¹¹⁸³.

A questão da legitimidade dos tribunais de investimento voltou a ser fortemente discutida nas negociações iniciadas em 2013 entre a UE e os EUA para firmarem a Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento¹¹⁸⁴. Os defensores da iniciativa entendem que o acordo resultaria em crescimento econômico multilateral, mas os críticos afirmam que aumentaria os poderes das empresas e tornaria mais difícil aos governos regularem os mercados em benefício público¹¹⁸⁵. Muitos Estados membros da UE e os EUA são favoráveis à arbitragem de investimentos, porém, os críticos têm asseverado que isso reforçará o poder das empresas americanas à custa da soberania e dos interesses nacionais¹¹⁸⁶. Em uma tentativa

¹¹⁷⁷ KENNEDY, J. Protecting Regulatory Measures in Investment Treaty Law. In: **Czech Yearbook of International Law**, v. IV, p. 4 e ss., 2013.

¹¹⁷⁸ Sobre a posição do Brasil, os fundamentos da recusa ao ICSID estão no parecer de Augusto Rezende da Rocha, consultor jurídico do Itamaraty, em 1964, para o qual a atuação do Centro configuraria a consagração do imperialismo econômico e financeiro, ainda que disfarçada. Destaca que qualquer Estado normalmente organizado apresentando instituições asseguradoras de uma ordem jurídica primária dificilmente concordaria em sub-rogar funções públicas essenciais a um tribunal internacional, passível de sofrer influências prejudiciais à própria soberania. Ademais, salienta que o governo brasileiro nunca em qualquer época deixou de acolher, diplomática ou judicialmente, as reivindicações de estrangeiros que lhes fossem apresentadas (ROCHA, A. R. apud PEREIRA, 1988. p. 92).

¹¹⁷⁹ KONONOV, 2011, p. 134-135.

¹¹⁸⁰ SCHILL, 2011, p. 64.

¹¹⁸¹ EFILA, 2015, p. 38.

¹¹⁸² Ibidem, p. 41.

¹¹⁸³ UNCTAD, 2013, p. 1.

¹¹⁸⁴ Há quem afirme que esse pretende ser um modelo para futuros acordos de investimento com países cujo ambiente é menos estável do que qualquer um na Europa e nos EUA, ou seja, a base para um quadro global de proteção do investimento (HÖFFKEN, 2014).

¹¹⁸⁵ EFILA, 2015, p. 3.

¹¹⁸⁶ Ibidem, p. 4.

de amenizar as críticas, a Comissão Europeia suspendeu as negociações relativas à solução de controvérsias entre investidores e Estados¹¹⁸⁷.

1.3 Críticas relativas aos custos da arbitragem de investimentos

Os custos associados à arbitragem de investimentos são de caráter diferente e dividem-se em duas categorias: os honorários e as despesas de constituição do próprio tribunal arbitral e os honorários e as despesas com advogados e especialistas que são suportados pelas partes¹¹⁸⁸. Um estudo realizado com 221 casos de arbitragens de investimento concluiu que, em média, os custos para a constituição do tribunal, com taxas, despesas e encargos institucionais representam US\$ 746 mil. No ICSID, os custos giram em torno de US\$ 769 mil e, na UNCITRAL, cerca de US\$ 853 mil. Quanto aos honorários, despesas de advogados, peritos e testemunhas, gastam-se em média US\$ 4,437 milhões para os requerentes e US\$ 4,559 milhões para os respondentes. Portanto, os custos de arbitragem¹¹⁸⁹ compreendem os custos com o procedimento em si e com a representação legal¹¹⁹⁰.

Esses custos podem ser muito elevados. Por exemplo, no caso *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, a República Tcheca teria gasto US\$ 10 milhões em sua defesa¹¹⁹¹. Mesmo diante de casos mais simbólicos, por exemplo, *Int'l Thunderbird Gaming Corp v. United Mexican States*, os números estão longe de serem baixos. Neste, os custos de processo, incluindo a representação legal das partes, árbitros e taxas, foi de US\$ 3,17 milhões¹¹⁹².

Normalmente são adotadas duas abordagens sobre como os custos são suportados, a tradicional “*pay your own way*” (PYOWA), na qual as partes partilham as despesas do processo e suportam as respectivas despesas legais, e ainda a chamada “*loser pays*” ou “*costs follow the event*” (CFTEA), em que a parte vencida suporta as despesas do processo e os

¹¹⁸⁷ A Comissão Europeia viu-se sob grande pressão e estagnou as negociações. Para alguns, isso é apenas um movimento de relações públicas (CORPORATE EUROPE OBSERVATORY, s.d.).

¹¹⁸⁸ HODGSON, M. Counting the costs of investment treaty arbitration. In: **Global Arbitration Review**, mar. 2014. Disponível em: <<http://www.globalarbitrationreview.com>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

¹¹⁸⁹ BÜHLER, M. Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview. **ASA Bulletin**, v. 2, p. 249-279, 2004. Disponível em: <<https://www.walderwyss.com/publications/85.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

¹¹⁹⁰ LINUSSON, 2014, p. 17.

¹¹⁹¹ *Ibidem*, p. 17.

¹¹⁹² *Ibidem*, p. 17.

custos legais da vencedora¹¹⁹³. Além disso, o tribunal pode considerar a conduta processual das partes e transferir os custos para a parte que tenha atuado de modo desleal, ou caso o requerente tenha apresentado uma reclamação fraudulenta. Trata-se da chamada abordagem baseada na conduta¹¹⁹⁴.

Um estudo sobre os julgamentos do ICSID de 2000 a 2014¹¹⁹⁵ constatou que, na maioria dos casos, os tribunais aplicaram o CFTEA *pro rata*, isto é, de acordo com o relativo sucesso das partes, o que significa que os custos da parte vencedora não são transferidos para a parte perdedora na mera base do êxito global. O tribunal subtrairá os eventos em que a parte vencedora não obteve êxito; nessa linha, em 2010, as regras da UNCITRAL foram revistas e alinhadas às do CFTEA, que têm sido afirmadas como mais adequadas à arbitragem internacional e que encontram apoio na maioria dos casos¹¹⁹⁶.

Outro aspecto diz respeito às condenações decorrentes dos julgamentos em arbitragens de investimento, nas quais se evidencia uma priorização na compensação pelos prejuízos causados pelo Estado receptor ao investidor estrangeiro, o que reforça o caráter retrospectivo da medida, como uma tentativa de colocar o reclamante na situação material que tinha antes dos atos ilícitos serem praticados, por meio da eliminação das perdas financeiras¹¹⁹⁷. Essa restituição, contudo, não traz uma solução prospectiva, já que o Estado não é obrigado a eliminar as medidas internacionalmente ilícitas. Por isso, alguns têm afirmado que a arbitragem de investimento não é uma questão de princípio, mas de dinheiro¹¹⁹⁸.

Em 2014, um julgamento alcançou o montante de US\$ 50 bilhões em três casos relacionados, a maior indenização na história da arbitragem de investimento¹¹⁹⁹. Portanto, além da capacidade do investidor em processar um Estado receptor por meio da arbitragem internacional, as críticas voltam-se ao montante das indenizações. Os ganhos potenciais dos investidores resultarão em um grande dispêndio para o país receptor¹²⁰⁰, daí afirmar-se que as

¹¹⁹³ UCHKUNOVA, I.; TEMNIKOV, O. Allocation of Costs in ICSID Arbitration. **Kluwer Arbitration Blog**, 3 dez. 2014. Disponível em: <<http://kluwarbitrationblog.com/blog/2014/12/03/allocation-of-costs-in-icsid-arbitration/>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

¹¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 1.

¹¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 1.

¹¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 1.

¹¹⁹⁷ MOLINUEVO, M. **Protecting investment in services: investor-state arbitration versus WTO dispute settlement**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012, p. 224.

¹¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 224.

¹¹⁹⁹ UNCTAD, 2014, p. 4.

¹²⁰⁰ LINUSSON, 2014, p. 17.

disputas de investimento conduzem ao desvio de finalidade dos recursos, que deveriam voltar-se a bens e serviços públicos¹²⁰¹.

Até hoje, uma arbitragem de investimento procurou uma solução prospectiva utilizando-se de outras medidas que não a compensação pecuniária¹²⁰². No caso *Goetz v. Burundi*¹²⁰³, o julgamento exigiu que o governo réu restaurasse a situação jurídica que deu causa à reclamação, um remédio legalmente equivalente à restituição¹²⁰⁴, em uma decisão inovadora que afastou a financeirização da questão.

Para os defensores da arbitragem entre investidores e Estados, apesar dos custos, os empresários preferem esse modo de solução de controvérsias, pois o têm como mais rápido, efetivo e menos oneroso, já que, como afirmam, as cortes nacionais não inspiram confiança¹²⁰⁵. Essa situação acaba por acarretar aos investidores estrangeiros a possibilidade de desviarem dos sistemas judiciais nacionais, o que não ocorre com investidores nacionais¹²⁰⁶. Além disso, os custos da desconfiança dos investidores estrangeiros são suportados pelos cidadãos contribuintes dos Estados receptores, que têm sido levados a refletir sobre as cifras milionárias associadas à arbitragem de investimentos.

2 A reação global ao regime do investimento estrangeiro

As críticas apresentadas revelam os desafios do regime do investimento estrangeiro e justificam a dificuldade no alcance do consenso para um tratado multilateral de investimentos¹²⁰⁷. Atualmente, as velhas questões Norte-Sul sobre a soberania e a proteção do investidor têm sido acompanhadas por novas preocupações, tanto das economias desenvolvidas quanto das em desenvolvimento. Questões como o desequilíbrio nas disposições dos tratados e as inconsistências e as incertezas decorrentes da arbitragem entre investidores e Estado desencadearam uma crise de legitimidade do regime do investimento estrangeiro, que se intensificou a partir de 2009, quando um subcomitê do Congresso dos EUA passou a realizar audiências para considerar alterações no programa de tratados

¹²⁰¹ EFILA, 2015, p. 5.

¹²⁰² MOLINUEVO, 2012, p. 225.

¹²⁰³ *Goetz v. Burundi* (ICSID, Caso n. ARB/95/3, Julgamento).

¹²⁰⁴ MOLINUEVO, 2012, p. 225.

¹²⁰⁵ EFILA, 2015, p. 25-26.

¹²⁰⁶ *Ibidem*, p. 30.

¹²⁰⁷ KONONOV, 2011, p. 137.

bilaterais¹²⁰⁸. Um ano depois, acadêmicos de todo o mundo emitiram uma declaração pública, denominada Osgoode Hall Statement, remanescente de uma resolução de uma organização internacional que pedia o fim do regime do investimento estrangeiro. Essa declaração evidenciou a preocupação para o prejuízo ao interesse público causado pelo regime do investimento estrangeiro e em particular os obstáculos sobre a capacidade de o governo agir por seu povo em resposta às preocupações com o desenvolvimento humano e a sustentabilidade ambiental¹²⁰⁹.

Entre outros pontos, a declaração reconheceu que a proteção dos investidores e, por extensão, o uso do direito internacional do investimento e da arbitragem, é um meio cuja finalidade é fazer avançar o interesse público, não devendo ser tratado como um fim em si mesmo. Outro aspecto relaciona-se às interpretações que têm priorizado a propriedade e os interesses econômicos das empresas transnacionais sobre o direito de regulação dos Estados e o direito à autodeterminação dos povos. Também se ressaltou que a concessão de indenizações como primeira solução na arbitragem de investimentos coloca uma séria ameaça à democracia e à capacidade de os governos atuarem em prol do interesse público. Afirmou-se que o modo como a atual arbitragem de investimentos é constituída não caracteriza um método justo, independente e equilibrado, e que a sociedade civil e as comunidades locais deveriam ter o direito de participar no processo de tomada de decisão que afete seus direitos e interesses. Por isso, recomendou-se maior transparência, controle e abertura e manifestou-se a oposição à criação do tratado multilateral, haja vista sua capacidade de reforçar um regime em que falta justiça e equilíbrio. Essa posição foi considerada surpreendente, porque foi subscrita por acadêmicos de países exportadores de capital que reivindicaram o desmantelamento de um sistema que protege justamente os interesses do capital¹²¹⁰.

Além disso, outras situações sugerem uma reação global ao regime com mudanças que passaram a fortalecer os mecanismos governamentais em relação aos investidores. A redução nas negociações de novos tratados bilaterais e o aparente aumento nas normas nacionais em desfavor dos investidores, além das observações feitas pelas ONGs, pela sociedade civil e pelos acadêmicos deram maior visibilidade aos problemas¹²¹¹. Passou-se a sustentar que, do modo como está, entrará em vias de colapso, e alguns têm reclamado por sua abolição. De outro lado, há quem entenda os desenvolvimentos recentes como etapas do crescimento da

¹²⁰⁸ ALVAREZ, 2011, p. 340.

¹²⁰⁹ Ibidem, p. 341.

¹²¹⁰ PUBLIC Statement on the International Investment Regime, s/d. Disponível em: <<http://www.osgoode.yorku.ca/wp-content/uploads/2014/11/Declaração-Pública.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

¹²¹¹ ALVAREZ, 2011, p. 347-351.

disciplina, ou seja, como uma crise temporária decorrente da novidade despertada, especialmente pelas questões de interesse público dentro de um esquema privado de resolução de disputas¹²¹².

Apesar das críticas, há quem reconheça que o uso dos tribunais arbitrais para solucionar as controvérsias tem sido um fator importante na promoção do investimento, estimulando transferências de capitais e tecnologias, porém, mesmo essas opiniões sugerem melhorias¹²¹³. As sugestões apontam para mudanças graduais na arbitragem de investimento, com destaque para o ICSID e uma cooperação regional mais próxima entre UE e NAFTA, ASEAN, Mercosul e os países do BRICS. O que há de comum nas reivindicações é que o regime pode e deve ser reformulado¹²¹⁴.

Assim como são inúmeros os desafios, várias são as propostas para a solução das questões mais problemáticas. Destacam-se quatro linhas: a primeira, que recomenda mudanças nos textos dos tratados de investimento para criar direitos definidos de modo mais específico, a fim de nivelar a discricionariedade dos árbitros e oferecer maior clareza¹²¹⁵. Outra abordagem centra-se na construção de barreiras, impondo pré-condições para arbitragem e minimizando o acesso dos investidores¹²¹⁶. Alguns defendem que a arbitragem é o foro inadequado para a solução das controvérsias de investimento e sustentam o uso de instituições públicas. Finalmente, há os que defendem uma modificação estrutural no sistema arbitral para promover sua legitimidade¹²¹⁷. Portanto, além da proposta para eliminar o sistema, abundam sugestões de reforma institucional, variando entre as que propõem o retorno à solução de disputas entre os Estados, as que entendem pela necessidade de introduzir um órgão recursal e a proposição de uma corte internacional permanente para investimentos¹²¹⁸.

No geral, as proposições visam uma relação mais equilibrada entre Estados soberanos e investidores, entre Estados e tribunais arbitrais e entre questões sobre investimentos e preocupações não relativas apenas aos investimentos¹²¹⁹. O fundamento da reação ao sistema da arbitragem entre investidores e Estados reside na dissonância entre o modelo da arbitragem comercial e a função de governança que os tribunais arbitrais exercem para além das disputas

¹²¹² MAUPIN, 2014, p. 379.

¹²¹³ FRANCK, 2005, p. 1587.

¹²¹⁴ KONONOV, 2011, p. 137.

¹²¹⁵ FRANCK, 2005, p. 1587.

¹²¹⁶ *Ibidem*, p. 1587.

¹²¹⁷ *Ibidem*, p. 1588.

¹²¹⁸ SCHILL, 2011, p. 68.

¹²¹⁹ *Ibidem*, p. 70.

individuais¹²²⁰. Embora alguns considerem que o regime do investimento deva ser enquadrado no direito internacional privado e manter as características da arbitragem comercial, essa não é a melhor solução¹²²¹.

A situação atual impõe ao direito internacional do investimento que avalie sua localização entre os conceitos de direito privado e de direito público, e o mais necessário é uma abordagem conceitual que ajude as partes, os tribunais, os juristas a classificarem e formarem uma jurisprudência arbitral sustentável no ambiente do sistema¹²²². Isso passa pela compreensão do alcance do regime do investimento estrangeiro e, em especial, para o espaço das demandas exteriores. O equilíbrio entre a proteção do investimento e outros interesses em questões como transparência, abertura e previsibilidade na arbitragem de investimentos pode ser alcançado pela compreensão das implicações de direito público da disciplina¹²²³.

Como se destacou, algumas medidas têm sido adotadas pelos tratados de investimento recentes, designadamente em sua elaboração, para uma definição mais precisa dos direitos e dos compromissos assumidos pelos Estados, por exemplo, com a exclusão de determinadas áreas e medidas destinadas a sua proteção, o que pode indicar uma reconceitualização da matéria. Busca-se corrigir as assimetrias dos tratados iniciais¹²²⁴, que permitiram as consequências com que a comunidade internacional se tem deparado.

Três amplos desafios têm sido apontados, no âmbito internacional: o reforço da dimensão de desenvolvimento no regime político do investimento estrangeiro, pelo reconhecimento de que os tratados podem limitar indevidamente as políticas nacionais, e que os tratados são voltados quase que exclusivamente à proteção dos investidores, e não à promoção do investimento para o desenvolvimento; o ajuste do equilíbrio entre direitos e obrigações de Estados e investidores, inclusive com padrões de responsabilidade das empresas multinacionais; a administração da complexidade sistêmica do regime do investimento estrangeiro, em especial lidar com lacunas, sobreposições e inconsistências na

¹²²⁰ Ibidem, p. 70.

¹²²¹ ALVAREZ, 2011, p. 93.

¹²²² SCHILL, 2011, p. 70.

¹²²³ Ibidem, p. 71.

¹²²⁴ Os tratados de investimento americanos e europeus foram, nos anos iniciais, assimétricos. Tais assimetrias e a criação de um mecanismo de resolução de controvérsias entre investidores e Estados foram uma resposta à descrença dos países às cortes de muitos Estados nos quais estavam estabelecendo operações. Assim, foram criados para compensar a exposição dos investidores estrangeiros ao direito e aos tribunais nacionais (ALVAREZ, 2011, p. 105-108).

cobertura dos tratados e questões institucionais e de resolução de disputas, e assegurar a interação e coerência com outras políticas públicas e regimes¹²²⁵.

Os novos tratados refletem as mudanças de pensamento das correntes que têm discutido o desenvolvimento econômico desde meados dos anos 1990 e tecida críticas ao Consenso de Washington, como as sustentadas por Stiglitz e Sen¹²²⁶. Reconhece-se que é impossível construir um muro para isolar os negócios da política e que um tratado de investimento, mesmo com um mecanismo próprio de resolução de litígios, não proporciona uma fuga total da política¹²²⁷ e do direito internacional geral. Esses novos consensos sobre a necessidade de mudança do sistema do direito internacional do investimento e da interação deste com questões de ordem pública buscam retirar esse campo do vácuo jurídico quanto a valores fundamentais¹²²⁸.

As críticas evidenciam a necessidade de mudança no regime do investimento estrangeiro, quanto a seus meios e resultados. A motivação está no reconhecimento de que, ao decidir sobre investimentos estrangeiros, os tribunais arbitrais estão a decidir questões atreladas ao desenvolvimento dos países receptores, e nesse quadro, matérias de ordem pública não podem ser afastadas. Será necessário ir além dos valores de mercado e compreender que, por trás dos investimentos, existem seres humanos. Por isso, os direitos humanos enriquecem o conteúdo da ordem pública transnacional e impõem o ser humano como parâmetro para as questões sobre investimento¹²²⁹.

3 Os direitos humanos no regime do investimento estrangeiro

O regime do investimento estrangeiro revela-se estruturado sobre bases essencialmente econômicas e desprovidas de considerações sobre direitos humanos. Constatase um distanciamento entre os regimes que tende à separação equivalente à de óleo e água¹²³⁰.

¹²²⁵ UNCTAD. **Investment Policy Framework for Sustainable Development**. New York: United Nations, 2015, p. 19.

¹²²⁶ ALVAREZ, 2011, p. 163.

¹²²⁷ Ibidem, p. 165.

¹²²⁸ CHEDLY, 2007, p. 313.

¹²²⁹ Ibidem, p. 308.

¹²³⁰ SIMMA, 2011, p. 573.

Esse quadro de “incomunicabilidade” passou a chamar a atenção dos internacionalistas¹²³¹, diante de posições que afirmam a crise do regime¹²³².

Do ponto de vista normativo, sustenta-se que o distanciamento ocorre pela ausência ou pela insuficiência de referências às normas de direitos humanos nos tratados de investimento e que a falta de disposições influencia as interpretações dos tribunais arbitrais¹²³³. Os tratados de investimento tipicamente não contêm espaço para os direitos humanos, nem condicionam qualquer dos direitos de investimento às responsabilidades do investidor¹²³⁴. O direito internacional do investimento também não contém um conjunto de regras a serem aplicadas em caso de conflito entre o direito internacional do investimento estrangeiro e outras obrigações, como as de direitos humanos. Assim, a questão não é tratada pelos tribunais arbitrais sobre investimentos¹²³⁵, que afirmam depender do instrumento de consentimento para considerá-las¹²³⁶.

Com efeito, poucos acordos de investimento contêm referência aos direitos humanos. Por exemplo, nenhuma é encontrada nos modelos de tratados bilaterais de Alemanha (2008), China (2003), EUA (2004), França (2006), Índia (2003) ou Reino Unido (2005)¹²³⁷. Também não se verificam no Acordo de Livre Comércio da América do Norte ou no Tratado da Carta da Energia. A Convenção para a Resolução de Disputas sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados do ICSID tampouco faz referência aos direitos humanos, e seus relatórios não incluem a matéria. O quadro indica que os direitos humanos no contexto do investimento e da arbitragem de investimento sempre foram, na melhor das hipóteses, periféricos¹²³⁸.

A primeira vez que um tratado de investimento fez referência aos direitos humanos foi no Acordo Multilateral de Investimentos para o Mercado Comum da África Oriental e Austral

¹²³¹ KULICK, A. **Global public interest in international investment law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 269.

¹²³² SIMMA, 2011, p. 575.

¹²³³ JACOB, 2010, p. 9.

¹²³⁴ KRIEBAUM, U. Privatizing Human Rights: the interface between international investment protection and human rights. In: REINISCH, A., KRIEBAUM, U. (Eds.) **The Law of International Relations** - Liber Amicorum Hanspeter. Neuhold: Eleven International Publishing, 2007. p. 165-189.

¹²³⁵ Ibidem, p.185.

¹²³⁶ KRIEBAUM, U. Foreign Investments & Human Rights: the actors and their different roles. In: **Transational Dispute Management**, v. 10, n. 1, 2013. Disponível em: <www.biicl.org/files/5640_ursula_kriebaum.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.

¹²³⁷ JACOB, 2010, p. 9.

¹²³⁸ REINER, C.; SCHREUER, C. Human Rights and International Investment Arbitration. In: DUPUY, P. M; FRANCIONI, F. PETERSMANN, E. U. (Eds.). **Human Rights in international investment Law and arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 82-96. Disponível em: <http://www.univie.ac.at/intlaw/h_rights_int_invest_arbitr.pdf>. Acesso em: 20 maio 2014..

(COMESA), adotado em 2007, através do artigo 7, (2), (d), que relaciona os padrões mínimos de direitos humanos relativos ao investimento como item de uma futura agenda de reunião entre ministros¹²³⁹. Na mesma linha, o Acordo de Cooperação e Parceria entre UE e a Rússia estabeleceu vagamente que as partes envidarão “esforços de cooperação em matérias relacionadas com a observância dos princípios da democracia e dos direitos humanos” por um diálogo político regular¹²⁴⁰. Outra referência deu-se no projeto de modelo de tratado bilateral de investimento norueguês de 2007 que, em linguagem preambular, reafirma o “compromisso das partes do tratado com a democracia, o Estado de direito, os direitos humanos e liberdades fundamentais, de acordo com suas obrigações sob o direito internacional, incluindo os princípios estabelecidos na Carta das Nações Unidas e na DUDH”¹²⁴¹.

A escassez de referências aos direitos humanos é consequência de uma concepção unilateral dos tratados de investimento que não aborda as obrigações dos investidores e está enraizada na crença de que tais tratados são instrumentos comerciais monotemáticos¹²⁴². No geral, não se considera que os investimentos possam ser feitos em uma ampla gama de setores e tomar diferentes formas, em atividades diversas como construção, serviços de água e esgoto, telecomunicações, bancários e financeiros, produção têxtil, extração de petróleo, gestão de resíduos perigosos, mineração e outras que produzem efeitos diretos no gozo dos direitos humanos¹²⁴³. Assim, não há disposições sobre esses direitos humanos que possam ser reclamados pelos cidadãos dos Estados receptores, e os tratados não impõem responsabilidades aos investidores em relação ao respeito a padrões mínimos de direitos humanos¹²⁴⁴.

Alguns argumentam que isso seria solucionado se os acordos de investimento impusessem obrigações de direitos humanos aos investidores diretamente ou por referência a deveres do Estado¹²⁴⁵. Desde 2007, a UNCTAD constatou inovações na linguagem dos acordos de investimento, com a inclusão dos direitos humanos nos novos tratados firmados ou renegociados. Questões como saúde, segurança, meio ambiente e a promoção de direitos trabalhistas começaram a ser inseridas, todavia, precipuamente, para assegurar que os

¹²³⁹ MANN, 2008, p. 10.

¹²⁴⁰ JACOB, 2010, p. 9.

¹²⁴¹ Em termos menos elaborados, o preâmbulo do Acordo de Livre Comércio entre a Associação Europeia de Comércio Livre e Cingapura já previa algo nesse sentido (Ibidem, p. 10).

¹²⁴² JACOB, 2010, p. 10.

¹²⁴³ KRIEBAUM, 2007, p. 167.

¹²⁴⁴ PETERSON, L. E.; GRAY, K. R. **International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration**. Winnipeg: IISD, 2003. Disponível em: <http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.

¹²⁴⁵ JACOB, 2010, p. 9.

objetivos de promoção do investimento e liberalização não fossem atingidos à custa de outras políticas públicas¹²⁴⁶.

Na sequência, alguns avanços deram-se com a inclusão de referências aos direitos humanos nas disposições gerais dos tratados de investimento e, em alguns casos, a incorporação de disposições no próprio tratado de investimento, e ainda, a utilização da interpretação de termos do investimento, por meio da jurisprudência ou de padrões de tratamento dos direitos humanos, com base no artigo 31, (3), (c) da Convenção de Viena¹²⁴⁷. Entretanto, embora tais disposições produzam impacto na interpretação do tratado, por si só não atribuem responsabilidades diretas aos investidores¹²⁴⁸.

Há quem defenda que, mesmo na ausência de referência aos direitos humanos, os tratados de investimento deverão ser interpretados em consonância com o direito internacional geral e, por isso, os direitos humanos seriam aplicáveis. Alguns tratados de investimento contêm previsão quanto à aplicação do direito internacional público, além da legislação nacional e das disposições do acordo¹²⁴⁹. Nesse sentido, o NAFTA, a Carta Europeia da Energia e vários tratados bilaterais referem-se à aplicabilidade do direito internacional geral. Assim, as regras estabelecidas na Convenção de Viena são plenamente aplicáveis nas disputas entre investidores e Estados¹²⁵⁰. Embora as normas dos regimes especiais prevaleçam sobre as gerais, o regime do investimento estrangeiro não será autossuficiente por conta das lacunas e ambiguidades nas disposições¹²⁵¹. Dessa forma, entendem que as normas de direitos humanos podem ser consideradas porque a maioria dos tratados de investimento contém obrigações em termos gerais e porque aos tribunais exige-se que equilibrem os elementos de acordo com cada caso¹²⁵².

Para alguns, mesmo que o tratado não mencione a aplicação das normas do direito internacional geral, está implícito que se estes são instrumentos de direito internacional, os árbitros poderão recorrer ao direito internacional geral para complementar as normas do tratado¹²⁵³. Assim, se a conduta do investidor conduzir a um nível em que ele viole ou seja cúmplice de violação pelo Estado receptor a certos direitos humanos, os tribunais terão de

¹²⁴⁶ SIMMA, 2011, p. 573.

¹²⁴⁷ Ibidem, p. 581.

¹²⁴⁸ MANN, 2008, p. 10.

¹²⁴⁹ PETERSON; GRAY, 2003, p. 10.

¹²⁵⁰ KROMMENDIJK; MORIJN, 2009, p. 423.

¹²⁵¹ Ibidem, p. 427.

¹²⁵² Ibidem, p. 423.

¹²⁵³ PETERSON; GRAY, 2003, p. 10.

considerar tais violações, porque são normas peremptórias do direito internacional¹²⁵⁴. Essa é a interpretação mais adequada à perspectiva sistêmica do direito internacional.

Além disso, deve-se considerar que as normas de direitos humanos estão abrangidas no conceito de desenvolvimento sustentável, o que constitui um dos objetivos do investimento estrangeiro e significa que o respeito pelas disposições de direitos humanos é um elemento a ser considerado para o alcance dos objetivos do regime. Por exemplo, o preâmbulo do NAFTA refere a determinação das partes na promoção do desenvolvimento sustentável; a Convenção do ICSID reconhece que o investidor estrangeiro tem um papel a desempenhar no desenvolvimento do Estado receptor. Assim, mesmo que inexistam disposições no tratado, o desenvolvimento sustentável e a proteção dos direitos humanos, como uma importante articulação dos respectivos objetivos, devem ser considerados na interpretação das normas de investimento¹²⁵⁵. Todavia, a interpretação dos tribunais de investimento, no geral, não segue essa linha, com preponderância para a oposição do regime do investimento estrangeiro aos direitos humanos, ao invés de uma integração.

3.1 Os potenciais conflitos

A falta de clareza sobre a aplicação das normas de direitos humanos no direito internacional do investimento estrangeiro tem conduzido a cenários de conflitos potenciais entre as normas¹²⁵⁶. Viñuales (2013, p. 28) identifica duas dimensões: de um lado, os conflitos podem advir de uma obrigação decorrente do direito internacional do investimento estrangeiro e outra dos direitos humanos, o que define como “conflito normativo”, e, ainda, os conflitos podem advir de normas e medidas oriundas de diferentes sistemas legais. Embora muitos cenários sejam possíveis, no contexto das disputas de investimento, o mais comum refere-se à adoção de uma medida de proteção de direitos humanos que afeta os interesses do investidor, que reclama que a medida viola obrigações de investimento do Estado receptor, o que define Viñuales (2003, p. 29) como um “conflito de legitimidade”.

Quanto ao conflito normativo, é possível verificá-lo quando duas normas não podem ser cumpridas por seus destinatários em todos os momentos e em todos os espaços por elas

¹²⁵⁴ Ibidem, p. 4.

¹²⁵⁵ KROMMENDIJK; MORIJN, 2009, p. 430-431.

¹²⁵⁶ KRIEBAUM, 2007, p. 173.

abrangidos, em relação a todos os objetos e sob todas as condições especificadas¹²⁵⁷. Isso pode ser constatado em várias situações, como quando um mesmo ato está sujeito a diferentes normas, quando uma norma requer um ato e outra requer ou permite o contrário, quando uma norma proíbe uma condição necessária para o desencadeamento do comando, proibição e permissão estabelecido noutra, ou quando uma proíbe a consequência necessária da outra¹²⁵⁸. Na relação do regime do investimento estrangeiro com os direitos humanos, a situação é mais complexa porque os investidores não estão vinculados aos direitos humanos como os Estados receptores, cujas condutas são governadas por eles. Assim, o conflito pode surgir porque o próprio Estado receptor está vinculado a normas conflitantes que disciplinam sua conduta¹²⁵⁹.

Todavia, no centro das discussões estão as medidas regulatórias de interesse público adotadas pelo Estado receptor dos investimentos. Frequentemente, os Estados receptores desejam estabelecer regulações sobre a economia, o que inclui os investidores estrangeiros, de modo a promover ou proteger interesses de direitos humanos¹²⁶⁰. Os exemplos variam de situações em que os Estados usam seus poderes regulatórios para proteger os cidadãos de ter seu direito à liberdade de expressão prejudicados pelos investidores estrangeiros a medidas para operacionalizar a realização progressiva dos direitos econômicos e sociais, como o direito à alimentação, à saúde, ou à água¹²⁶¹.

Essas medidas têm sido consideradas um choque contra o direito internacional do investimento estrangeiro¹²⁶² porque, em regra, no direito internacional, reconhece-se que certas medidas adotadas pelos Estados no exercício de seu poder de regulação não exigem compensação, pois se voltam a proteger ou melhorar o bem-estar público. Contudo, onde há um tratado de investimento em vigor, os investidores dispõem da capacidade de questionar medidas de direitos humanos por meio da arbitragem de investimentos¹²⁶³. Para os investidores, se essas medidas causarem efeitos adversos a seus investimentos, devem ensejar compensação. Nesse contexto, as regulamentações de ordem pública dos Estados receptores têm sido sujeitas ao controle pelos tribunais de investimento¹²⁶⁴.

A manutenção das condições normativas existentes ao tempo da realização do investimento tem sido uma reivindicação dos investidores, reafirmada pelos tribunais de

¹²⁵⁷ VIÑUALES, 2003, p. 29.

¹²⁵⁸ Ibidem, p. 30.

¹²⁵⁹ Ibidem, p. 32.

¹²⁶⁰ PETERSON; GRAY, 2003, p. 5.

¹²⁶¹ Ibidem, p. 5.

¹²⁶² MAUPIN, 2014, p. 393.

¹²⁶³ PETERSON; GRAY, 2003, p. 5.

¹²⁶⁴ AAKEN, 2009, p. 508.

investimento. No caso *Tecmed v. Mexico*, o tribunal asseverou que os investidores estrangeiros esperam que os Estados receptores atuem de maneira consistente, livres de ambiguidades e de modo totalmente transparente em suas relações com os investidores, de maneira que possam conhecer previamente toda e qualquer regulação que governará seus investimentos, a fim de planejá-los¹²⁶⁵. Por isso, grande parte dos tratados de investimento possuem cláusulas de estabilização, que, porém, têm chamado a atenção para a possibilidade de limitar a ação do Estado na aplicação de uma nova legislação social e ambiental em relação a investimentos de longo prazo¹²⁶⁶.

As preocupações com o assunto destacaram-se em 2003, quando a petrolífera BP publicou os termos de seu contrato de investimento relativo a um projeto de gasoduto transfronteiriço¹²⁶⁷. Alguns grupos criticaram a BP por vários aspectos das disposições sobre os investimentos, inclusive as cláusulas de estabilização, alegando que, ao isentar um projeto de novas leis destinadas a proteger os direitos humanos ou exigir dos Estados receptores uma compensação ao investidor pelo cumprimento das normas, limita-se a capacidade destes em cumprirem suas obrigações no âmbito do direito internacional dos direitos humanos¹²⁶⁸. Com isso, revelou-se uma expectativa de que os investidores tivessem responsabilidade em respeitar os direitos humanos e, apesar de sua expectativa legítima na proteção dos investimentos contra ações arbitrárias dos Estados receptores, isso não poderia constituir obstáculo quanto à forma como o Estado cumpre suas obrigações de direitos humanos¹²⁶⁹. Assim, a BP complementou as disposições sobre os investimentos para evitar o impacto negativo que as cláusulas de estabilização poderiam ter sobre os direitos humanos nos Estados receptores¹²⁷⁰.

Os defensores dos direitos humanos têm expressado que a proteção dos direitos dos investidores sem limites apropriados pode torná-los isentos da obrigação de cumprimento de normas que entrem em vigor após o acordo, ou que possam exigir compensações do Estado receptor por tal cumprimento. A questão é que a proteção aos investidores pode negar ao Estado receptor o papel de legislador e criar um desincentivo financeiro¹²⁷¹. Tal situação coloca os Estados em situação de desestímulo no cumprimento de direitos humanos, pois os mecanismos de proteção das pessoas por violações desses direitos são menos ameaçadores

¹²⁶⁵ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States* (ICSID, Caso n. ARB (AF)/00/2).

¹²⁶⁶ SHERBERG, 2009, p. X.

¹²⁶⁷ *Ibidem*, p. VIII.

¹²⁶⁸ *Ibidem*, p. VIII.

¹²⁶⁹ *Ibidem*, p. VIII.

¹²⁷⁰ *Ibidem*, p. VIII.

¹²⁷¹ *Ibidem*, p. VIII.

para os Estados e menos eficazes do que os existentes para a proteção do investimento, em que os montantes das indenizações são maiores e os mecanismos de aplicação mais fortes¹²⁷². Além disso, há o risco político, já que as mudanças no ambiente regulatório em que os investimentos são realizados costumam acarretar o descrédito do Estado receptor e influenciar a decisão de outros investidores¹²⁷³.

Os Estados, todavia, possuem diferentes obrigações internacionais simultâneas, em relação a pessoas distintas. Assim como mantêm obrigações de direitos humanos em relação aos estrangeiros que atuam como operadores econômicos no país e à proteção de seus bens, continuam a ter obrigações quanto aos cidadãos sob sua jurisdição¹²⁷⁴. Além disso, os Estados receptores devem considerar fatores de ordem política, social, cultural e outros que não são peculiares aos investidores¹²⁷⁵. Por isso, há casos em que a ação do Estado que interfere nos direitos dos investidores é baseada em preocupações legítimas¹²⁷⁶.

O ponto crucial refere-se às interferências estatais sobre os tratados de investimento que se fundamentam nos direitos humanos e que poderão conduzir a questionamentos do ponto de vista das expectativas dos investidores, a desencadear uma disputa na qual as obrigações dos tratados de investimento e as obrigações de direitos humanos entrem em tensão¹²⁷⁷. No caso *Azurix v. Argentina*, relativo a água e sistema de esgoto, a Argentina levantou a questão da compatibilidade entre o tratado bilateral de investimento e os de direitos humanos que protegem os direitos dos consumidores e argumentou que um conflito entre eles deveria ser resolvido a favor dos direitos humanos, porque o interesse público dos consumidores deveria prevalecer sobre o interesse privado do fornecedor de serviços. O ICSID entendeu que a questão não havia sido plenamente argumentada e considerou que não conseguiu compreender a incompatibilidade no caso, razão pela qual entendeu que os direitos dos consumidores foram devidamente protegidos¹²⁷⁸.

O tribunal (ICSID) novamente afastou a aplicação das normas de direitos humanos no caso *Siemens v. Argentina*, diante da alegação argentina de que, dadas suas condições sociais

¹²⁷² KRIEBAUM, 2007, p. 188.

¹²⁷³ Por exemplo, os investimentos estrangeiros no setor energético na Rússia, que sofreram alterações legislativas e ações do governo, conduziram a incertezas sobre a crença do governo na propriedade privada e na economia de livre mercado, consideradas necessárias para o êxito do investimento estrangeiro (WALTRIP, 2008, p. 575 e ss.).

¹²⁷⁴ KROMMENDIJK; MORIJN, 2009, p. 427-428.

¹²⁷⁵ FARKHUTDINOV, I. Z. Foreign Investor and Host State: Need for Balance Interests. In: **Czech Yearbook of International Law**, v. II, p. 231-246, 2011.

¹²⁷⁶ SIMMA, 2011, p. 577.

¹²⁷⁷ KROMMENDIJK; MORIJN, 2009, p. 423.

¹²⁷⁸ *Azurix Corp. v. Republica Argentina* (ICSID, caso n. ARB/01/12).

e econômicas, assegurar os direitos de propriedade afirmados pelo investidor caracterizaria desprezo aos direitos humanos incorporados em sua Constituição. Em resposta, o tribunal entendeu que o argumento não foi suficientemente desenvolvido e, que sem maior fundamentação e comprovação pelas partes, a questão não se relacionava com o mérito do caso¹²⁷⁹.

Nos dois casos, o tribunal deixou de considerar questões de direitos humanos utilizadas como defesa dos Estados, com argumentos de cunho procedimental¹²⁸⁰. Mesmo no caso *SAUR v. Argentina*, em que o ICSID adentrou na relação do tratado de investimento com os direitos humanos, o entendimento foi de que o direito internacional dos direitos humanos em geral — e em particular, o direito à água — constituía uma das fontes de direito aplicáveis à disputa. Porém, o tribunal observou que tais direitos deveriam ser contrabalançados com os dos investidores, decorrentes dos tratados bilaterais de investimento, o que significa que os poderes soberanos relativos ao direito das pessoas à água não devem ser exercidos de modo que contrarie os direitos dos investidores¹²⁸¹.

Por isso, o papel dos direitos humanos nas disputas sobre investimento tem sido marginal, e a crítica dirige-se à questão de que um tribunal, ao interpretar o que compreende ou não às expectativas legítimas dos investidores, deveria ter como referência as obrigações do Estado receptor em relação às normas de direitos humanos. Assim, sejam quais forem as expectativas que um investidor possa ter, elas devem incluir a de que o Estado honrará com as obrigações do direito internacional dos direitos humanos¹²⁸².

Nos moldes atuais, os tratados de investimento acarretam efeitos negativos à regulação interna do Estado sobre direitos humanos, porque a regulação estatal que afeta negativamente os investimentos estrangeiros é suscetível de desafiar o conteúdo de disposições dos tratados e frustrar as legítimas expectativas dos investidores¹²⁸³. Tal situação poderá levar o investidor lesado a fundamentar suas pretensões em várias cláusulas e a demandar contra o Estado receptor¹²⁸⁴. Com isso, e diante da proliferação de tratados de investimento, cumpre questionar até que ponto o Estado poderá ser responsável por medidas voltadas à proteção dos direitos humanos que afetam o investidor. Ainda, se em função dos compromissos de

¹²⁷⁹ *Siemens A.G. v. República Argentina* (ICSID, caso n. ARB/02/8).

¹²⁸⁰ REINER; SCHREUER, 2010, p. 10.

¹²⁸¹ *SAUR International SA v. Republica Argentina* (ICSID, caso n. ARB/04/4).

¹²⁸² SIMMA, B.; KILL, T. Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: first steps towards a methodology. In: BINDER, C. et al. **International investment law for the 21st century: essays in honour of Christoph Schreuer**. New York: Oxford University Press, 2009. p. 678-707, p. 705.

¹²⁸³ Sobre o cumprimento dos tratados de investimento pelos Estados, ver Hirsch (2011, p. 865 e ss.).

¹²⁸⁴ JACOB, 2010, p. 12.

investimento, tornou-se incapaz de tomar as medidas necessárias, como a Argentina, que argumentou uma crise interna para justificar medidas que impactaram nas expectativas dos investidores¹²⁸⁵.

Esse conflito de legitimidade tem acarretado insatisfação aos investidores, que afirmam não terem condições de avaliar os riscos do investimento, e aos Estados, que não podem prever as consequências das medidas regulatórias que devem adotar¹²⁸⁶. A questão importa porque os cenários em que os direitos ou as expectativas dos investidores podem ser afetados por medidas governamentais são comuns, como quando o governo intervém em uma empresa para obstar abusos de direitos humanos, quando congela o preço da água com base no direito ao acesso à água¹²⁸⁷, quando promulga leis que favorecem um grupo étnico historicamente desfavorecido¹²⁸⁸, ou ainda quando introduz o controle dos aluguéis, por conta do direito à moradia, e outros casos¹²⁸⁹.

Sob a óptica dos direitos humanos, há o dever de legislar por parte do Estado, de implantar a proteção e de obrigar seu cumprimento. Essa hipótese, para o regime do investimento estrangeiro, refere-se ao direito de regulação dos Estados receptores, cujas limitações são encontradas em quase todos os tratados¹²⁹⁰. A problemática reside nas reivindicações dos investidores contra o poder do governo para regular a atividade econômica de forma deletéria à propriedade sem compensação, o que afirmam tratar-se de medida equivalente à expropriação indireta¹²⁹¹.

A preocupação dos investidores, antes voltada para a expropriação direta, direcionou-se para a expropriação indireta ou medidas com efeito equivalente, que acarretam a erosão dos direitos associados à propriedade por interferência do Estado¹²⁹². A questão é mais

¹²⁸⁵ THJOERNELUND, 2009, p. 425.

¹²⁸⁶ KRIEBAUM, 2007, p. 173.

¹²⁸⁷ Essas questões foram apresentadas nos casos *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic* (ICSID, Caso n. ARB/03/17) e *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia* (ICSID, Caso n. ARB/02/3).

¹²⁸⁸ Essa questão foi apresentada no caso *Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa* (ICSID, Caso n. ARB(AF)/07/01).

¹²⁸⁹ SIMMA; KILL, 2009, p. 678.

¹²⁹⁰ MANN, 2008, p. 8.

¹²⁹¹ RATNER, S. Regulatory Takings in Institutional Context: beyond the fear of fragmented international Law. In: **American Journal of International Law**, v. 102, p. 475-528, 2008. Embora existam diversas outras formas de expropriação indireta (KRIEBAUM, 2013, p. 13).

¹²⁹² Na expropriação direta, exige-se uma transferência formal da propriedade e a compensação será devida independentemente da causa, todavia, nas expropriações indiretas, a questão é mais complexa (KRIEBAUM, 2007, p. 178).

problemática¹²⁹³, porque, neste caso, o investidor mantém a propriedade do investimento, mas perde a capacidade de exercer os benefícios econômicos que dela decorreriam¹²⁹⁴. A dificuldade acentua-se no caso das medidas regulatórias, porque revela um conflito entre os interesses regulatórios do Estado e os interesses de proteção dos investimentos¹²⁹⁵.

O que se coloca é a questão de saber se uma norma destinada a proteger ou promover os direitos humanos pelo Estado receptor pode ser entendida como expropriação indireta de direitos ou bens do investidor¹²⁹⁶. Duas teorias têm dominado a jurisprudência: a “doutrina do único efeito” (*sole-effects doctrine*) e a “doutrina dos poderes de polícia” (*police-powers doctrine*)¹²⁹⁷. Para a primeira, o fator determinante da expropriação indireta consiste apenas no efeito da medida sobre o investimento; o propósito da medida é irrelevante para a determinação da ocorrência da expropriação¹²⁹⁸. Já a doutrina dos poderes de polícia considera outros fatores, como o propósito e o contexto da medida, suas características e a interferência nas expectativas legítimas dos investidores¹²⁹⁹.

Alguns têm afirmado que um regulamento do Estado adotado de boa-fé e de modo não discriminatório, mesmo que resulte em violação aos direitos de propriedade dos estrangeiros, não impõe o dever de compensação. Assim, normas editadas com fundamento real no interesse público não estariam limitadas pelas obrigações dos tratados de investimento¹³⁰⁰. O problema consiste em determinar quando um regulamento foi promulgado com base no interesse público ou como um meio de protecionismo disfarçado.

Ratner (2008, p. 475) destaca que, embora a questão não seja nova ao direito internacional, como demonstram as antigas relações diplomáticas e as decisões arbitrais, os meios para sua solução e os resultados são os mais variados. No caso *Metalclad v. Mexico*, o tribunal entendeu que, nos termos do NAFTA, a expropriação refere-se não apenas à intenção aberta e deliberada de retirar os direitos de propriedade, como o confisco ou a obrigação formal de transferir a propriedade em favor do Estado receptor, mas abrange a interferência incidental do uso da propriedade que possua o efeito de privar o proprietário, no todo ou em parte significativa, do uso ou do benefício econômico razoável a ser esperado da propriedade,

¹²⁹³ KRIEBAUM, U. Expropriation. In: BUNGENBERG, M.; GRIEBEL, J.; HOBE, S.; REINISCH, A. (Eds.). **International Investment Law**. Baden-Baden: Nomos, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2295979>>. Acesso em: 23 dez. 2015, p. 10.

¹²⁹⁴ Ibidem, p. 10.

¹²⁹⁵ KRIEBAUM, 2007, p. 178.

¹²⁹⁶ MANN, 2008, p. 21.

¹²⁹⁷ KRIEBAUM, 2007, p. 179.

¹²⁹⁸ Ibidem, p. 179.

¹²⁹⁹ Ibidem, p. 180.

¹³⁰⁰ CHOUDHURY, 2008, p. 17.

mesmo que não necessariamente para o benefício do Estado receptor¹³⁰¹. Aplicando a teoria do “efeito único”, o tribunal julgou que não precisava considerar a motivação da adoção de um decreto ecológico, pois somente importam os impactos econômicos da medida¹³⁰².

Já no caso *Methanex v. Estados Unidos*, o tribunal adotou a teoria dos “poderes de polícia”, considerando uma noção mais ampla do poder de regulação como questão de direito internacional geral, ao entender que uma regulação não discriminatória para atender ao interesse público que seja determinada de acordo com o devido processo e que afete um investidor estrangeiro ou investimento não é considerada expropriatória e compensável, a menos que compromissos específicos tenham sido assumidos pelo governo regulador para abster-se de tal regulamento¹³⁰³. Em alguns casos, admitiram-se considerações sobre o objetivo da regulação, como no *Saluka Investments BV v. Republica Tcheca*¹³⁰⁴, em que se afirmou que o princípio de que um Estado não comete expropriação e não está sujeito a pagar indenização a um investidor estrangeiro prejudicado quando adota regulamentos gerais comumente aceitos nos poderes dos Estados faz parte do direito internacional consuetudinário. Isso se dá quando são adotadas medidas não discriminatórias e de boa-fé voltadas ao bem-estar público¹³⁰⁵.

Alguns tribunais já consideraram justificativas fundamentadas na ação do Estado para a proteção dos direitos humanos em situações em que os Estados as invocaram. Destacam-se casos como o *SPP v. Egito*¹³⁰⁶, em que o tribunal considerou direitos culturais decorrentes da Convenção da UNESCO para proteção do patrimônio mundial cultural e nacional, e *Maffezini v. Espanha*¹³⁰⁷, em que o tribunal aceitou os direitos ambientais dos cidadãos. O direito internacional ambiental também foi considerado nos casos *SD Myers v. Canadá*¹³⁰⁸ e *Santa Elena v. Costa Rica*¹³⁰⁹.

Assim, existem abordagens distintas se uma medida regulatória, não discriminatória e promulgada para alcançar um objetivo público pode ser considerada como expropriação¹³¹⁰. Enquanto algumas protegem a capacidade do Estado em estabelecer medidas regulatórias, sob

¹³⁰¹ *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (ICSID, Caso n. Arb/AF/97/1, 30 de agosto de 2000).

¹³⁰² *Ibidem*.

¹³⁰³ *Methanex Corporation v. United States* (Julgamento Final, 03 de agosto de 2005).

¹³⁰⁴ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic* (UNCITRAL, Julgamento Parcial, 17 de março de 2006).

¹³⁰⁵ KROMMENDIJK; MORIJN, 2009, p. 434.

¹³⁰⁶ *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID, Caso n. ARB/98/4).

¹³⁰⁷ *Emilio Agustín Maffezini v. Espanha* (ICSID, Caso n. ARB/97/7).

¹³⁰⁸ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada* (UNCITRAL/NAFTA, julgamento parcial em 13 de novembro de 2000).

¹³⁰⁹ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. República da Costa Rica* (ICSID, Caso n. ARB/96/1).

¹³¹⁰ KENNEDY, 2013, p. 8.

certas condições, o fato de existirem soluções distintas sugere incertezas quanto à extensão da proteção conferida¹³¹¹. Por isso, no sistema atual, é impossível prever qual vertente um tribunal vai seguir e qual será o resultado¹³¹².

Portanto, três conflitos podem ser identificados na atuação da arbitragem de investimentos sobre as medidas regulatórias: o primeiro, quanto às discordâncias nos resultados da arbitragem. O caso *Metalclad* foi um exemplo em que os árbitros foram acusados de sacrificar as metas ambientais de um Estado em benefício de investidores estrangeiros. O segundo, relativo à inconsistência dos resultados mesmo diante um conjunto de fatos idênticos, e o terceiro, quanto aos atuais métodos de resolução de arbitragens entre investidores e os Estados, cujas críticas têm se apresentado muito além dos resultados incoerentes para reivindicação de déficits sistêmicos de legitimidade¹³¹³.

A falta de coerência dos julgamentos revela as dificuldades e as incertezas, o que tem levado alguns a sustentar a aplicação do princípio da proporcionalidade nas disputas entre investidores e Estados relativas à expropriação por medidas regulatórias de proteção dos direitos humanos¹³¹⁴. O princípio seria utilizado para determinar quando a medida foi longe demais, contribuindo para delinear os limites entre a regulação governamental legítima e a interferência excessiva em relação aos direitos e às obrigações que os Estados possuem simultaneamente. Com base na adequação, na necessidade e na proporcionalidade em sentido estrito, os tribunais poderiam determinar se a medida constitui expropriação¹³¹⁵. No caso *Continental Casualty v. Argentina*¹³¹⁶, o tribunal (ICSID), ao analisar a compensação devida em função das medidas de emergência adotadas pela Argentina, de 2001 a 2002, referiu a um processo de ponderação e equilíbrio de fatores, deixando claro que, nos casos que envolvam direitos humanos, é necessário avaliar as medidas regulatórias adotadas pelos Estados.

A falta de orientações claras quanto ao que seja uma medida regulatória legítima e não indenizável e ao que seja uma expropriação regulatória torna imperativo um equilíbrio que preserve a autoridade regulatória dos Estados¹³¹⁷. Embora os tratados recentes definam o que constitui o interesse público geral, por exemplo, com disposições sobre saúde, segurança e questões ambientais, os mais antigos não possuem essa definição e exigem um tribunal para

¹³¹¹ A diferença não reside nos textos dos tratados, pois as decisões decorreram de tratados com linguagem igual ou semelhante (Ibidem, p. 10).

¹³¹² KRIEBAUM, 2007, p. 183.

¹³¹³ RATNER, 2008, p. 478.

¹³¹⁴ KROMMENDIJK; MORIJN, 2009, p. 440.

¹³¹⁵ Ibidem, p. 440.

¹³¹⁶ *Continental Casualty Company v. República Argentina* (ICSID, Caso n. ARB/03/9).

¹³¹⁷ SUBEDI, 2008, p. 197.

determinar a motivação do regulamento, a fim avaliar seu caráter¹³¹⁸. Por isso, os Estados passaram a fazer o possível para proteger sua capacidade regulatória, por meio de disposições que esclarecem o alcance do poder normativo para colocar restrições à interpretação extensiva quanto à expropriação pelos tribunais arbitrais¹³¹⁹.

Kennedy (2013, p. 17) propõe o equilíbrio entre a proteção do investimento e as medidas regulatórias com a inclusão de exceções gerais nos tratados de investimento, semelhantes às GATT, cujo artigo XX destina-se a proteger as medidas por parte dos Estados que estão em cumprimento a um dos objetivos enumerados entre os dez parágrafos do artigo. Apesar das diferenças entre os regimes do comércio e do investimento internacional, o autor entende que não há razão para rejeitar a aplicação do artigo XX, como um modelo de exceção a ser incorporado aos tratados de investimento, pois ambos compartilham um quadro de obrigações impostas aos Estados para o cumprimento de objetivos definidos, seja a liberalização do comércio ou a proteção do investimento¹³²⁰.

Para reduzir o risco de expropriações regulatórias, vários Estados elaboraram uma nova linguagem para os tratados futuros. Nesses acordos, a exemplo dos modelos de tratados de livre comércio dos EUA recém-concluídos, são definidas como ações regulatórias não discriminatórias aquelas “projetadas e aplicadas para proteger os objetivos de bem-estar público legítimos, como a saúde pública, a segurança e o meio ambiente”, estabelecidas como incapazes de constituir expropriações indiretas¹³²¹.

Alguns acordos de investimento estabelecem os direitos dos investidores com isenções específicas e detalhadas, que visam preservar o poder do Estado para promover o interesse público¹³²². O tratado de investimento entre Colômbia e Índia, em vigor a partir de 2012, dispõe que as ações regulatórias não discriminatórias adotadas por uma das partes que são concebidas e aplicadas para proteger os objetivos de bem-estar público legítimos não constituem expropriação ou nacionalização, exceto em raras circunstâncias, em que essas ações sejam tão graves que não possam ser razoavelmente consideradas como adotadas e aplicadas de boa-fé para alcançar seus objetivos¹³²³. Há uma disposição semelhante no modelo de tratado de investimento do EUA de 2012 e no Acordo de Livre Comércio entre a

¹³¹⁸ Ibidem, p. 18.

¹³¹⁹ KROMMENDIJK; MORIJN, 2009, p. 435.

¹³²⁰ Ibidem, p. 17.

¹³²¹ CHOUDHURY, 2008, p. 16.

¹³²² Ibidem, p. 16.

¹³²³ KENNEDY, 2013, p. 11.

Austrália e os EUA.¹³²⁴ No entanto, mesmo essas alterações só alcançam os resultados de disputas decorrentes de tratados recentemente concluídos ou futuros, deixando de abordar milhares de tratados que não possuem essas exceções¹³²⁵. Nestes, será a interpretação dos tribunais arbitrais que definirá a legalidade das medidas regulatórias adotadas pelo Estado receptor.

Enquanto alguns defendem uma compensação reduzida para medidas de cunho ambiental e de direitos humanos, isso tem sido rejeitado pela maioria dos tribunais, que argumentam que todas as expropriações devem ser para atender um interesse público válido, ainda que sujeito a níveis adequados de compensação definidos nos próprios tratados de investimento. Sustentam que considerar questões de direito ambiental ou direitos humanos como exceções às regras de compensação poderia sugerir uma hierarquia de valores, o que não se admite¹³²⁶.

Na falta de um esforço para equilibrar o investimento estrangeiro com outros princípios do direito internacional, como os direitos humanos, o mundo poderá testemunhar ainda mais confusão nessa área. Por isso, entende-se que, na expectativa legítima dos investidores, deve-se incluir a possibilidade de o Estado receptor adotar medidas regulatórias sobre direitos humanos, já que sua proteção vincula a comunidade internacional, e o seu cumprimento revela a capacidade do Estado em honrar os compromissos assumidos com a dignidade humana.

3.1.1 O caso das medidas de controle do tabaco

Um caso que ilustra a dificuldade na interpretação sobre as medidas regulatórias de direitos humanos é o das medidas adotadas por alguns Estados para o controle do tabaco, que colocam pelo menos duas questões: a primeira, que consiste em verificar se os tratados de investimento são compatíveis com as obrigações dos Estados para proteção da saúde, e a segunda, de saber se a arbitragem entre investidor e Estado é o fórum adequado para a proteção de interesses públicos¹³²⁷.

¹³²⁴ Ibidem, p. 11.

¹³²⁵ CHOUDHURY, 2008, p. 16.

¹³²⁶ MANN, 2008, p. 21.

¹³²⁷ VADI, V. S. Reconciling Public Health and Investor Rights: The Case of Tobacco. In: DUPUY, P.-M.; FRANCIONI, F.; PETERSMANN, E.-U. (Eds.). **Human rights in international investment law and arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 452.

Uma vez reconhecido que o controle do tabagismo é um aspecto fundamental da administração da saúde pública, seja qual for sua definição, como uma questão de direitos humanos ou um objetivo de política pública, a legitimidade do objetivo é incontestável. O direito internacional disciplina o controle do tabagismo por meio da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, que estabelece um sistema internacional de governança da saúde pública na questão¹³²⁸. Por este instrumento, os Estados assumem obrigações de estabelecer a regulação adequada para as relações entre o Estado e a população e entre os Estados e os que possam colocar em risco a saúde pública. Entre as medidas abrangidas pela Convenção, estão medidas financeiras e fiscais, a regulamentação e a divulgação do conteúdo dos produtos do tabaco, embalagem e rotulagem, educação, treinamento, conscientização pública e proibição e restrição à publicidade do tabaco¹³²⁹.

Recentemente, a Philip Morris apresentou pedidos de arbitragem contra a Austrália¹³³⁰ e o Uruguai¹³³¹, por conta de legislação de controle do tabaco. As alegações dizem respeito a violações de diversas normas de tratados de investimento, incluindo os padrões de tratamento e a proteção contra a expropriação¹³³². Quanto ao Uruguai, as discussões recaem sobre portarias ministeriais e decretos presenciais adotados para implantar a Lei de Controle do Tabaco de 2008. Em conjunto, as medidas exigem que pelo menos 80% da superfície de todos os pacotes de cigarros deve ser coberta por advertências sanitárias, incluindo pictogramas de advertência dos efeitos reais do fumo sobre a saúde e a limitação do uso de marcas a uma única variante. Antes das alterações descritas, entrou em vigor a exigência em relação à colocação de advertências de saúde nas embalagens de 50% dos pacotes de cigarros e várias proibições aplicam-se ao fumo em áreas públicas¹³³³.

Na Austrália, o controle decorre da Lei de Proibição da Publicidade do Tabaco de 1992 e do Regulamento de Práticas Comerciais de 2004. A medida que originou a disputa de investimento foi a Carta de Planejamento de Embalagem de Tabaco de 2011, que entrou em vigor em 2012. Trata-se de parte de um grupo de medidas para a redução do consumo de tabaco. Além das embalagens, inclui ajustes no regime fiscal do produto, com o aumento do imposto especial de consumo em 25%, restrição da propaganda e a proposta de uma

¹³²⁸ Ibidem, p. 453.

¹³²⁹ Ibidem, p. 457.

¹³³⁰ *Philip Morris Asia Limited v. Australia* (UNCITRAL, PCA Caso n. 2012-12).

¹³³¹ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. e Abal Hermanos S.A. v República Oriental do Uruguai* (ICSID, Caso n. ARB/10/7).

¹³³² OSTŘANSKÝ, J. Tobacco Investment Disputes-Public Policy, Fragmentation of International Law and Echoes of the Calvo Doctrine. In: **Czech Yearbook of International Law**, v. III, p. 161-182, 2012.

¹³³³ Ibidem, p. 165.

campanha de *marketing* social em larga escala, direcionada principalmente aos grupos socialmente vulneráveis¹³³⁴.

Para a Philip Morris, as medidas interferem nos direitos de propriedade intelectual, tutelados pelo direito interno e pelo direito internacional. A reclamação baseia-se no argumento de que as marcas foram indiretamente expropriadas, sem compensação integral e adequada, como resultado das medidas regulatórias. A reclamação refere-se à conduta dos Estados como uma violação do tratamento justo e equitativo, da proibição contra a submissão dos investimentos a medidas injustificadas e como uma violação às cláusulas do compromisso com os investidores. Alega-se que as medidas não são razoáveis e que são incapazes de alcançar os objetivos de redução no consumo de produtos de tabaco¹³³⁵.

Tais argumentos, entretanto, são indicativos de uma visão fragmentária no direito internacional. Simma (2011, p. 576) ressalta que os campos do investimento e dos direitos humanos não devem ser tomados como mundos separados, como alguns querem, ao preferir ver a questão como decorrente de regimes autossuficientes e isolando o tratamento do investimento estrangeiro do universo jurídico como um todo. A solução passa pela consideração dos tribunais arbitrais às normas exteriores ao regime do investimento estrangeiro. Ao não tomá-las em consideração e aplicar o tratado bilateral como autossuficiente, os tribunais assumem a incomunicabilidade de determinadas áreas do direito internacional e tendem a uma maior fragmentação¹³³⁶.

A melhor interpretação seria a que considerasse os propósitos do tratado bilateral de investimento com as demais normas aplicáveis ao caso, com base no que dispõe a Convenção de Viena, no artigo 31, (3), (c). Nessa medida, o Uruguai e a Austrália não estariam sendo arbitrários ou desarrazoados, já que o conjunto das normas internacionais poderia ser harmonizado, assegurando o espaço político necessário para os Estados¹³³⁷. Todavia, para a empresa, a aplicação de normas exteriores ao regime do investimento estrangeiro não deve ser admitida.

Em 17 de dezembro de 2015, a Corte Permanente de Arbitragem no julgamento do caso australiano declarou-se incompetente para exercer jurisdição sobre a disputa porque o investidor mudou sua estrutura corporativa para ganhar a proteção de um tratado de

¹³³⁴ Ibidem, p. 165-166.

¹³³⁵ Ibidem, p. 167.

¹³³⁶ OSTŘANSKÝ, 2012, p. 172.

¹³³⁷ Ibidem, p. 172.

investimento em um momento em que a disputa era previsível, o que, segundo o tribunal, constitui um abuso de direito (ou abuso de processo)¹³³⁸.

No caso uruguaio, em julgamento proferido em 8 de julho de 2016, o ICSID entendeu que as medidas de proteção à saúde pública adotadas com a aprovação do Decreto nº 287/2009 são evidentes e estão em conformidade com o art. 11 da Convenção-Quadro da OMS sobre o Controle do Tabaco, e que o decreto foi emitido seis meses após a aprovação unânime da Convenção-Quadro¹³³⁹. Esse julgamento indica um importante avanço no entendimento do tribunal (ICSID) sobre a relação entre o investimento estrangeiro e os direitos humanos, o que vem ao encontro do apoio público às medidas de controle do tabaco, cuja esperança era de que a interpretação pudesse fortalecer a integração sistêmica¹³⁴⁰. Dado o propósito das medidas e o número de países que considera adotá-las, se o tribunal entendesse que tinha legitimidade para suspender a legislação democraticamente criada, tenderia a suscitar o mesmo conflito para os demais Estados¹³⁴¹.

3.2 As justificativas dos Estados pela adoção de medidas de proteção a direitos humanos

Entre os fundamentos dos Estados para a adoção de medidas regulatórias de direitos humanos estão matérias relacionadas ao direito internacional público¹³⁴². Desse modo, há um conjunto de fundamentos que justificam determinadas ações do Estado, que a rigor, poderiam ser entendidas como ilegais na prisma dos tratados de investimento¹³⁴³. Embora não haja uma lista de defesas, o reconhecimento pelo direito consuetudinário internacional torna-as invocáveis, mesmo na ausência de disposição específica em um tratado de investimento¹³⁴⁴.

Assim, destacam-se algumas matérias, entre elas a observância das normas de *jus cogens*. Temas como a proibição da escravidão, do genocídio e do tráfico humano, por exemplo, são princípios fundamentais do direito internacional reconhecidos pela comunidade

¹³³⁸ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*. (PCA, Caso n. 2012-12 – Julgamento sobre Competência e Admissibilidade).

¹³³⁹ *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. e Abal Hermanos S.A. vs. República Oriental do Uruguai*, (ICSID, Caso n. ARB/10/7, Julgamento Final, parágrafo 162).

¹³⁴⁰ *Ibidem*, p. 179.

¹³⁴¹ RITWIK, A. Tobacco packaging arbitration and the State's ability to legislate. In: **Harvard International Law Journal**, v. 54, n. 2, p. 537, 2013.

¹³⁴² MARTINEZ, A. Invoking State defenses in investment treaty arbitration. In: WAIBEL, M.; KAUSHAL, A.; CHUNG K.-H., L.; BALCHIN, C. (Eds.). **The backlash against investment arbitration: perceptions and reality**. Países Baixos: Kluwer Law International, 2010, p. 315.

¹³⁴³ *Ibidem*, p. 315.

¹³⁴⁴ *Ibidem*, p. 315.

internacional e de natureza peremptória. Por isso, os Estados podem afirmar que agiram em cumprimento a obrigações de *jus cogens*, salientando a natureza imperativa das obrigações e afirmando que é justificável a violação de um tratado de investimento¹³⁴⁵. No caso *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, o tribunal considerou que a proteção

[...] não deve ser concedida aos investimentos feitos em violação das regras fundamentais de proteção dos direitos humanos, como investimentos realizados com emprego de tortura, genocídio ou de apoio à escravidão ou tráfico de órgãos humanos. (ONU, 2015, p. 13).

O princípio da ordem pública internacional também já apareceu em arbitragens do ICSID, como no caso *World Duty Free Company v. Republic of Kenya*, em que o tribunal, confrontado com o fato de o contrato de investimento ter sido firmado por meio de corrupção, afirmou, após examinar a legislação nacional e internacional, que “a corrupção é contrária à ordem pública internacional da maioria, se não todos, os Estados”. Nesse caso, invalidou o direito do investidor de socorrer-se dos remédios previstos em tratados de investimento, porque a corrupção corresponde à violação da ordem pública internacional. Portanto, o Estado poderá deixar de dar proteção a um investimento oriundo de corrupção ou de práticas dessa natureza, contrárias à ordem pública internacional.

Entre as justificativas, tem-se suscitado a utilização da doutrina da margem de apreciação, já aplicada no âmbito do TEDH, estabelecendo que as autoridades estatais desfrutam de um grau de liberdade para equilibrar as obrigações do tratado em relação a outras preocupações sociais. Por isso, por meio da margem de apreciação, os tribunais internacionais devem conceder às autoridades estatais a possibilidade de determinar o método adequado para a execução de suas obrigações de direito internacional¹³⁴⁶.

Embora alguns afirmem que a margem de apreciação está fora das análises nas decisões de arbitragem de investimento¹³⁴⁷, há quem sustente que algo próximo tem sido utilizado¹³⁴⁸. Em um primeiro momento, o tribunal, no caso *Siemens*¹³⁴⁹, afirmou que a margem de apreciação que os Estados têm, de acordo com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, não estava prevista no tratado bilateral de investimento entre Argentina e Alemanha ou no direito consuetudinário internacional. Todavia, os tribunais arbitrais têm

¹³⁴⁵ ONU. Selected Recent Developments in IIA Arbitration and Human Rights. **IIA Monitor** Nova York/Genebra, n. 2, 2009. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20097_en.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2015. p. 13.

¹³⁴⁶ CHOUDHURY, 2008, p. 17.

¹³⁴⁷ Ibidem, p. 17.

¹³⁴⁸ KROMMENDIJK; MORIJN, 2009, p. 444.

¹³⁴⁹ *Siemens A.G. v. República Argentina* (ICSID, Caso n. ARB/02/8).

referido a conceitos como “respeito” ou “restrição”¹³⁵⁰. No caso Tecmed¹³⁵¹, mencionou-se “a devida deferência que o Estado possui ao definir as questões que afetam sua ordem pública ou os interesses da sociedade como um todo, bem como as ações que serão implantadas para proteger tais valores”. O que se destaca é que o tribunal procedeu de maneira bastante semelhante ao TEDH¹³⁵².

O caso Continental Casualty¹³⁵³ desenvolveu-se da mesma maneira, quando o tribunal explicitamente tratou da margem de apreciação e afirmou que certa deferência a tal critério pode tornar-se uma característica geral de direito internacional também em relação à proteção do investimento estrangeiro¹³⁵⁴. Tem-se, pois, um importante contributo extraído da Convenção Europeia de Direitos Humanos que pode ser incorporado às arbitragens entre investidores e Estados, a fim de manter o respeito pela soberania na adoção de medidas regulatórias, permitindo que o interesse público seja avaliado como mais importante do que a proteção individual dos direitos de propriedade dos investidores¹³⁵⁵. Uma vez mais, o direito à propriedade pode ser limitado pelo princípio da proporcionalidade, quando, diante de um justo equilíbrio entre o interesse público e o direito do investidor, com o reconhecimento dos interesses protegidos pelo direito de propriedade, mas de forma a refletir a proteção dispensada aos direitos humanos¹³⁵⁶.

Outro fundamento relacionado ao poder regulatório dos Estados é fornecido pelas condições de emergência e necessidade¹³⁵⁷. Nesse sentido, o art. 25 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos Internacionais dispõe que a necessidade não pode ser invocada por um Estado como motivo de exclusão da ilicitude de um ato que esteja em desconformidade com uma obrigação internacional, salvo se for a única forma de o Estado proteger um interesse essencial contra um perigo grave e iminente e se não prejudicar seriamente um interesse essencial do Estado ou Estados para o qual existe a obrigação, ou da comunidade internacional¹³⁵⁸.

¹³⁵⁰ KROMMENDIJK; MORIJN, 2009, p. 444.

¹³⁵¹ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States* (ICSID, Caso n. ARB (AF)/00/2).

¹³⁵² KROMMENDIJK; MORIJN, 2009, p. 444.

¹³⁵³ *Continental Casualty Company v. República Argentina* (ICSID, Caso n. ARB/03/9).

¹³⁵⁴ KROMMENDIJK; MORIJN, 2009, p. 444.

¹³⁵⁵ *Ibidem*, p. 445.

¹³⁵⁶ *Ibidem*, p. 445.

¹³⁵⁷ Embora algumas hipóteses alcançadas pela doutrina dos poderes de polícia e da margem de apreciação caracterizem situações de emergência, suas fontes e aplicação são distintas (VIÑUALES, 2013, p. 381).

¹³⁵⁸ Art. 25 - 1. Nenhum Estado pode invocar o estado de necessidade como causa de exclusão de ilicitude de um ato em desacordo com uma obrigação internacional daquele Estado, a menos que o ato: *a*) seja o único modo para o Estado preservar um interesse essencial contra um perigo grave e iminente; e *b*) não afete gravemente a um interesse essencial do Estado ou Estados em relação aos quais exista a obrigação, ou da comunidade

Embora poucos tratados bilaterais de investimento contenham cláusulas dessa natureza, naqueles em que elas estejam presentes, o Estado poderá invocá-las. Todavia, no geral, duas dificuldades apresentam-se: a primeira, relativa à interpretação de tais cláusulas, porque os tribunais têm considerado que sua interpretação deve ser restritiva, o que acarreta grande ônus probatório a quem a invoca, e a segunda, à identificação dos requisitos para a admissão de cada uma dessas defesas¹³⁵⁹.

As condições de emergência e necessidade foram invocadas em casos relativos à situação de crise na Argentina. O primeiro caso em que se aceitou um argumento similar para justificar a violação de um tratado de investimento foi no *LG&E v. Argentina*, com a caracterização da emergência em matéria de saúde em todo o país, em que a medida foi adotada para garantir à população o acesso a bens e serviços básicos. O segundo caso, no mesmo contexto, foi o *Continental Casualty v. Argentina*, em que se discutiu o direito à água. Neste, porém, o tribunal entendeu que a Argentina não violou qualquer obrigação por conta de previsão de cláusula no tratado bilateral entre Argentina e EUA sobre “interesses essenciais de segurança”, no artigo XI do BIT.

Parece desarrazoado, entretanto, que os Estados tenham de suportar um ônus tão grande para justificar nos tribunais de investimento por que implantam medidas de proteção aos direitos humanos. Nesse sentido, o exercício legítimo da soberania estatal tem sido reafirmado como matéria de defesa diante dos tribunais arbitrais. Entretanto, o direito internacional não identificou de modo claro que tipo de atuação está em conformidade com o exercício legítimo da soberania e que não exigiria compensação¹³⁶⁰. A abrangência dessa defesa ainda está aberta a interpretações¹³⁶¹.

No caso de conflito entre as disposições dos tratados de investimento e as medidas regulatórias de proteção dos direitos humanos, a presunção de que os Estados agem em desconformidade com o regime do investimento estrangeiro ainda prepondera, salvo se justificar e comprovar que o caráter da medida não foi expropriatório. Assim, mesmo que seja uma medida legítima, haverá risco de o Estado ter de compensar o investidor por “prejuízos” da frustração de suas “expectativas legítimas”.

internacional como um todo do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado por atos Ilícitos Internacionais. CDI, 2001. (DARS)

¹³⁵⁹ VIÑUALES, 2013, p. 385-387.

¹³⁶⁰ MARTINEZ, 2010, p. 334.

¹³⁶¹ Ibidem, p. 334.

Michelman (1967) traz uma importante contribuição para o conceito de “expectativas legítimas dos investidores”, a fim de avaliar quando a medida regulatória adotada pelo Estado deverá ser compensada ao investidor estrangeiro porque caracteriza uma expropriação indireta. Para ele, a propriedade é instrumental e não tem qualquer significado intrínseco¹³⁶², por isso, as cortes devem questionar não quanto, mas quando ou não uma medida pode ser entendida por ter privado o reclamante de alguma expectativa legítima distintamente percebida e acentuadamente cristalizada. O teste para o deferimento de compensações, que se entende “correto” no sentido de responder aos propósitos da sociedade, é o de justiça: é justo impor tal medida social sem conceder compensação pela perda privada infligida? O teste de justiça cada vez mais está a servir como guia para a ordem pública, e sua mais importante implicação para a política pública refere-se à atribuição da responsabilidade de garantir que a compensação seja paga sempre que necessário¹³⁶³.

Essa perspectiva é mais adequada para o tratamento das questões que envolvam medidas regulatórias fundadas nos direitos humanos, pois impede que sejam concedidas compensações indevidas. É compatível ainda com o entendimento de que nas expectativas legítimas dos investidores deve-se incluir a possibilidade de adoção de medidas regulatórias de proteção dos direitos humanos, por conta da legitimidade do Estado na promoção de tais objetivos. Além do mais, é clara a incoerência em proteger as “expectativas” dos investidores em detrimento aos “direitos” humanos. A proteção de expectativas frustradas por cumprimento de obrigações oriundas da ordem pública internacional parece irrazoável. Por isso, os direitos humanos revelam as incoerências no regime do investimento estrangeiro, reforçando as críticas que lhe são dirigidas e reclamando do direito internacional que se afirme como um sistema comprometido com os fins da sociedade internacional, como a dignidade humana.

3.3 A arbitragem de investimentos e os direitos humanos

Na arbitragem de investimentos, a abordagem sobre os direitos humanos tem sido limitada. No geral, a matéria é entendida como fora do âmbito de atuação dos tribunais de

¹³⁶² EAGLE, S. J. The Rise and Rise of Investment Backed Expextations. In: **The Urban Lawyer**, v. 32, n. 3, p. 437- 446, 2000.

¹³⁶³ MICHELMAN, F. I. Property, Utility, and Fairness: comments on the ethical foundations of ‘just compensation’ law. In: **Harvard Law Review**, v. 80, n. 6, p. 1172, 1967.

investimento e sequer são tecidas maiores considerações. Isso se deve ao entendimento de que cada tratado de investimento tem suas peculiaridades e que as disposições incidentes no julgamento são apenas as do próprio tratado, o que delimita o âmbito de interpretação. Além de assumir autonomia em relação aos regimes do direito internacional, alguns tribunais assumem a autonomia de cada tratado de investimento ao afirmar que a aplicação das normas de direito internacional em sua interpretação, mesmo a disposições idênticas ou semelhantes, quando estabelecidas em tratados diferentes, pode conduzir a resultados distintos pelas diferenças nos respectivos contextos, objetos e propósitos¹³⁶⁴. O ICSID considera que cada tribunal é soberano e pode ter uma solução diferente para o mesmo problema, o que pode conduzir a conclusões opostas sobre os mesmos fatos¹³⁶⁵.

O isolamento clínico sustentado pelos tribunais arbitrais, aliado à tendência em considerar o regime do investimento estrangeiro em um vácuo, torna-se preocupante em relação aos direitos humanos. Isso advém diante da obrigação cada vez mais consolidada de que ao Estado compete adotar medidas positivas para implantá-los, de modo que a falta de consideração, de uma perspectiva sistêmica, e a omissão sobre as normas de direitos humanos podem prejudicar os Estados no desempenho de suas obrigações¹³⁶⁶. Porém, uma vez que a competência dos tribunais arbitrais de investimento fundamenta-se no consentimento das partes e limita-se à medida aceita por elas, as justificativas são baseadas no argumento de que reivindicações com fulcro nessa matéria estariam fora da jurisdição dos tribunais arbitrais e limitadas às cláusulas do tratado de investimento¹³⁶⁷.

Porém, como os atores na disputa de investimento com implicações relacionadas aos direitos humanos podem desempenhar diferentes papéis¹³⁶⁸, é possível verificar quadros distintos, em que o investidor estrangeiro pode ser vítima de violação de direitos humanos ou pode perpetrar abusos no mesmo domínio. O Estado receptor pode ser cúmplice do abuso praticado pelo investidor, sem interferir nos direitos dos investidores, ou ser cúmplice dos abusos e interferir nos direitos dos investidores e, finalmente, pode interferir nestes direitos para fazer cessar os abusos perpetrados. Também as vítimas de violações de direitos humanos

¹³⁶⁴ *Aconquija SA v. República Argentina*, (ICSID, Caso n. ARB/97/03); *AES Corp v. República Argentina* (ICSID, Caso n. ARB/02/17).

¹³⁶⁵ MCLACHLAN, 2008, p. 369.

¹³⁶⁶ SIMMA; KILL, 2009, p. 678 e ss.

¹³⁶⁷ *Ibidem*, p. 679.

¹³⁶⁸ KRIEBAUM, 2013.

no Estado receptor podem ter diferentes papéis, embora, na arbitragem de investimentos, seu papel seja limitado¹³⁶⁹.

No caso *Biloune v. Ghana*¹³⁷⁰, o tribunal entendeu que não tinha competência para decidir sobre as violações alegadas a direitos humanos pelo Estado contra o investidor. Mesmo tratando-se de um caso em que a invocação das normas de direitos humanos foi feita pelo investidor, os tribunais têm afastado tais considerações¹³⁷¹. Uma vez que a jurisdição dos tribunais de investimento tende a ser limitada ao tratado bilateral de investimento ou às disposições correspondentes, o entendimento é de que não podem decidir reclamações de vítimas de violações de direitos humanos¹³⁷², independentemente de quem seja.

No caso *Channel Tunnel Group v. Governos do Reino Unido e da França*¹³⁷³, os investidores argumentaram que os governos do Reino Unido e da França violaram as obrigações nos termos do contrato de concessão e do Tratado de Canterbury¹³⁷⁴. Foram dois argumentos principais: que os governos não tinham tomado as medidas necessárias para proteger o túnel de incursões múltiplas por imigrantes clandestinos que tentaram chegar ao Reino Unido, causando atrasos, interrupções nos serviços e perdas financeiras, e que os subsídios dados ao operador da balsa SeaFrance permitiram que esta competisse com o Eurotúnel, em caráter injusto. Os investidores reclamaram que as obrigações do Reino Unido e da França deveriam ser analisadas em conjunto com a Convenção Europeia de Direitos Humanos e seu Primeiro Protocolo, sobre a utilização pacífica da propriedade. O tribunal (CPA) entendeu pela ausência de jurisdição para considerar reclamações por violações externas ao contrato de concessão e do tratado bilateral e afastou as normas de direitos humanos¹³⁷⁵.

Ao analisar casos julgados por tribunais de investimento, Hirsch (2009) identificou uma abordagem consistente na atribuição de um papel não significativo aos direitos humanos

¹³⁶⁹ Ibidem, p. 1

¹³⁷⁰ *Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*. Julgamento em 27 de outubro de 1989. Forum: Ad hoc tribunal (UNCITRAL rules).

¹³⁷¹ REINER; SCHREUER, 2010, p. 8. Outro caso com igual resultado foi o *Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of Congo* (ICSID, Caso n. ARB/99/7).

¹³⁷² PETERSMANN, 2009, p. 887.

¹³⁷³ *The Channel Tunnel Group Limited 2. France-Manche S.A. v. 1. The Secretary of State for Transport of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland 2. le ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer du Gouvernement de la République Française*. (Permanent Court of Arbitration), Partial Arbitral Award, 30 de janeiro de 2007.

¹³⁷⁴ Para fornecer um quadro jurídico para a construção do túnel sob o Canal da Mancha.

¹³⁷⁵ HIRSCH, M. Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths. In: DUPUY, P.-M.; FRANCONI, F; PETERSMANN, E.-U. (Eds.). **Human rights in international investment law and arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009b.

nas disputas de investimento e concluiu que, em geral¹³⁷⁶, os tribunais têm se recusado a examinar as disposições de direitos humanos invocadas pelas partes, mesmo quando os argumentos foram levantados em diferentes fases do contencioso por diferentes partes¹³⁷⁷. A justificativa é atribuída à diferença entre as características públicas/privadas que dividem o direito internacional do investimento estrangeiro e os direitos humanos¹³⁷⁸. Embora se reconheça que os dois tratam de relações assimétricas entre Estados e indivíduos ou empresas, e que as normas e instituições nessas esferas buscam compensar sua posição de inferioridade aumentando a proteção internacional, Hirsch (2011, p. 110) destaca que eles evoluíram por caminhos normativos e institucionais diferentes, predominando o caráter privado nos tribunais de investimento.

Para Reiner e Schreuer (2010, p. 5), ainda que o tribunal possa não ser competente para o julgamento de uma reivindicação independente, as violações de direitos humanos não poderiam ser excluídas de sua jurisdição, pois, se são afetas aos investimentos, tornam-se concernentes a uma disputa em relação ao investimento e, logo, são arbitráveis. A falta de previsão específica quanto aos direitos humanos nos tratados de investimento não impede que as partes, por sua liberdade para designar a lei aplicável, possam incluir em sua escolha tais normas, embora a probabilidade seja pequena¹³⁷⁹. Assim, uma vez que inúmeros tratados de investimento contêm cláusulas de escolha das normas aplicáveis, incluindo as regras do tratado, as leis do Estado receptor e o direito internacional consuetudinário, os direitos humanos, como um componente do direito internacional, são parte da legislação aplicável¹³⁸⁰. Entretanto, há os que entendem que, se não houver disposição expressa sobre direitos humanos nos tratados de investimento, prevalecerá a afirmação de ausência de uma base jurídica suficiente para considerações sobre o impacto de medidas de tal natureza¹³⁸¹.

Partindo-se, todavia, da posição de que os tratados de investimento não são regimes autossuficientes e de que o direito internacional compreende um sistema legal, a partir do qual os tratados de investimento são criaturas deste, a conclusão pela permeabilidade das normas de direito internacional geral em relação aos tratados de investimento é inevitável¹³⁸². Nesse

¹³⁷⁶ A exceção à abordagem do Tribunal (ICSID) deu-se no caso *Mondev International Ltd v. Estados Unidos da América* (Caso n. ARB (AF) /99/2) (HIRSCH, 2009b, p. 98).

¹³⁷⁷ A posição quanto aos direitos humanos é mais reservada do que a adotada às normas de direito ambiental (Ibidem, p. 106).

¹³⁷⁸ Ibidem, p. 110.

¹³⁷⁹ REINER; SCHREUER, 2010, p. 5.

¹³⁸⁰ Ibidem, p. 5.

¹³⁸¹ SIMMA; KILL, 2009, p. 681.

¹³⁸² MCLACHLAN, 2008, p. 369.

sentido, o tribunal, no caso *Asian Agricultural Products Ltd. v. República do Sri Lanka*¹³⁸³, afirmou que um tratado bilateral de investimento não é um sistema legal independente, fechado e autocontido, mas tem de ser encarado dentro de um contexto jurídico mais amplo, em que as regras de outras fontes sejam integradas por métodos implícitos de incorporação, ou por referência direta a certas normas complementares, sejam de direito internacional ou de direito interno¹³⁸⁴.

Com base em princípios de interpretação dos tratados, alguns tribunais têm recorrido a regras de direito internacional, cuja validade normativa baseia-se em uma fonte fora do tratado que é objeto de interpretação. Segundo Simma e Kill (2009, p. 690), têm sido identificadas ao menos duas relações interpretativas entre as regras externas e os tratados que permitem sua utilização como auxílio interpretativo. A primeira, em que as regras externas têm sido utilizadas para fornecer o significado de um termo específico utilizado pelo tratado, o que depende de uma constatação da intenção das partes que se referem ao direito internacional para sua definição, e a segunda, na qual as regras externas têm sido empregadas para qualificar o significado das disposições do tratado, o que depende da constatação de que as partes não pretendiam, ou não podiam, ter acordado fora da regra externa em questão. No último caso, trata-se das hipóteses em que os Estados não têm liberdade sobre as normas aplicáveis, como as de *jus cogens*. Sempre que sejam relevantes para a interpretação dos tratados, impõem um limite intransponível para sua interpretação¹³⁸⁵.

Outra hipótese refere-se aos casos em que, embora dois Estados-partes em um tratado multilateral possam acordar entre si a suspensão de determinada obrigação de um deles, as obrigações que tenham sido suspensas ainda poderão ser exigidas pelas demais partes do tratado multilateral. Assim, embora dois Estados possam suspender uma obrigação de direitos humanos para implantar um tratado bilateral de investimento, outras partes do tratado multilateral conservariam a possibilidade de reivindicar o cumprimento das obrigações de direitos humanos pelos Estados em questão¹³⁸⁶.

A maioria dos árbitros de investimento apresenta posição reticente quanto à utilização de regras externas na interpretação dos tratados de investimento, provavelmente em razão de que possuem conhecimentos mais voltados ao direito privado e tendem a ver os direitos

¹³⁸³ *Asian Agricultural Products Ltd. v. República do Sri Lanka* (ICSID Caso n. ARB/87/3)

¹³⁸⁴ MCLACHLAN, 2008, p. 370.

¹³⁸⁵ SIMMA; KILL, 2009, p. 690.

¹³⁸⁶ *Ibidem*, p. 690.

humanos como causa potencial ou provável de perturbações políticas introduzidas em seu ramo autônomo, puramente legal e com regras determinadas pelo pensamento neoliberal¹³⁸⁷.

Para Simma e Kill (2009, p. 577), a posição é compreensível, pois a proteção do investimento estrangeiro é estruturada em favor do investidor, e as questões de direitos humanos, na hipótese de serem levantadas, surgirão como argumentos dos Estados que houverem interferido nos investimentos. Ademais, razões de cunho procedimental, como a necessidade de consentimento do investidor para arbitragem, limitando a substância do pedido, e a própria cumplicidade dos Estados receptores, fazem com que os Estados sequer apresentem reclamações contra os investidores por violações aos direitos humanos. Outra razão está na divergência em relação às partes não estatais estarem sujeitas a obrigações de direitos humanos¹³⁸⁸. Desse modo, as considerações dos Estados em relação aos direitos humanos caracterizam-se, no máximo, como defesa para justificar medidas com efeitos adversos aos investimentos¹³⁸⁹.

Nesse contexto, há uma insensibilidade da arbitragem de investimentos em relação às políticas públicas adotadas pelos Estados para a proteção dos direitos humanos. Por isso, as soluções adotadas nas disputas entre investidores e Estados têm-se deparado com críticas. A ironia é que as disputas “privadas” entre um Estado receptor e um investidor, em vários assuntos, estão a demonstrar impactos sobre questões públicas¹³⁹⁰. Há autores para os quais a arbitragem de investimentos tem-se configurado uma espécie de “direito administrativo global”, já que permite aos tribunais arbitrais obrigarem os Estados receptores em questões que resultam de atos de soberania e que funcionariam como mecanismo de controle sobre a autoridade governamental¹³⁹¹.

Van Harten e Loughlin (2006, p. 122) destacam características pelas quais afirmam a emergência de um “direito administrativo global”. Em primeiro, que as reclamações dos investidores não observam as limitações habituais aplicadas às reclamações individuais sob outros tipos de tratados. Em segundo, nos tratados de investimento, os investidores podem requerer indenização diretamente, como um mecanismo de direito público. Em terceiro, porque os tratados de investimento incorporam a estrutura processual e de cumprimento da

¹³⁸⁷ Ibidem, p. 576.

¹³⁸⁸ REINER; SCHREUER, 2010, p. 9.

¹³⁸⁹ Ibidem, p. 9. O curto trajeto percorrido pelos direitos humanos no regime do investimento estrangeiro voltou-se à possibilidade de as normas de direitos humanos serem consideradas como defesa dos Estados (RADI, 2011-2012).

¹³⁹⁰ Ibidem, p. 197.

¹³⁹¹ VAN HARTEN; LOUGHLIN, 2006, p. 121.

arbitragem comercial internacional, em que os investidores podem exigir o cumprimento das indenizações concedidas pelos tribunais arbitrais perante os tribunais internos de um grande número de países, com supervisão judicial limitada pelos tribunais nacionais. E, finalmente, porque os tratados de investimento facilitam a escolha pelos investidores do tribunal que há de julgar a controvérsia.

É o efeito da combinação de características presentes apenas na arbitragem de investimento, que submetem a conduta reguladora dos Estados ao controle de tribunais internacionais, cuja forte influência age sobre programas administrativos internos¹³⁹². Os árbitros nessas disputas estão revendo questões de interesse público interno por seu papel ampliado. Em alguns casos, estão a derrubar os regulamentos nacionais¹³⁹³.

Outra preocupação está na redução da expressão democrática em função da arbitragem de investimento, por sua capacidade de opor-se a uma decisão soberana de um Estado. Por isso, tem-se sustentado que a arbitragem pode resultar em perda da soberania e da independência, o que produz implicações na óptica da governança democrática. Alguns argumentam que os árbitros de investimentos não são “guardiões do interesse público” e não devem decidir disputas de investimento que impliquem questões políticas e econômicas mais amplas¹³⁹⁴. Ao mesmo tempo, levanta-se a questão de saber se o exercício dos poderes estatais de autoridade pública devem ser julgados por estrangeiros e com base em princípios comerciais. Nessa linha, há quem argumente pela natureza indiscutível do direito de o Estado exercer sua soberania e considere que os regulamentos estatais legítimos não constituem expropriação e tampouco são compensáveis¹³⁹⁵.

A percepção de que a arbitragem sobre investimentos tem o potencial de usurpar poderes nacionais de tomada de decisão e até mesmo aspectos da soberania em áreas de grande interesse público levanta dúvidas sobre a legitimidade do sistema¹³⁹⁶. Para a UNCTAD, o crescimento rápido e contínuo na utilização da arbitragem sobre o investimento estrangeiro pode significar que os investidores encontraram um método para resistir à regulação estatal e demandar indenizações para prejuízos que decorram do exercício de autoridade por parte do Estado receptor dos investimentos¹³⁹⁷.

¹³⁹² Ibidem, p. 122

¹³⁹³ CHOUDHURY, 2008, p. 2.

¹³⁹⁴ Ibidem, p. 6.

¹³⁹⁵ Ibidem, p. 6.

¹³⁹⁶ LEVINE, 2011, p. 205.

¹³⁹⁷ VAN HARTEN; LOUGHLIN, 2006, p. 124.

Dolzer e Schereuer (2012, p. 86) reconhecem que o regime do investimento estrangeiro pode permitir o alcance de segmentos que tradicionalmente pertenceriam ao domínio reservado de cada país receptor, o que leva a discussões quanto à necessidade de preservação da soberania e da legitimidade democrática do processo pelo qual as normas sobre investimento estrangeiro são desenvolvidas e aplicadas. Acrescentam que essas reivindicações não têm sido apresentadas apenas por países em desenvolvimento, mas também por membros da sociedade civil nos países desenvolvidos e dos EUA após estes terem-se tornado membro do NAFTA e passado a responder reclamações¹³⁹⁸. Com o conceito de soberania, pode-se compreender que as normas sobre o investimento estrangeiro alcançam ou até mesmo extrapolam os limites aceitáveis. Por isso, diz-se que bem representam a natureza e os efeitos da globalização, com a vantagem potencial da eficiência econômica e de padrões de vida mais elevados, com um poder normativo reduzido das autoridades nacionais para regular áreas que impactam sobre o investimento estrangeiro¹³⁹⁹.

Outro problema está em atribuir aos árbitros de investimento o julgamento de medidas fundadas no interesse público, e questiona-se quem deva ser o árbitro de valores mais altos, como os que dizem respeito a direitos humanos¹⁴⁰⁰. O que se evidencia na interpretação dos tratados de investimento é que a cultura da arbitragem comercial, herdada pelos árbitros de investimento, tem foco nos fatos, por isso, embora a interpretação do direito previsto no tratado desempenhe um papel importante, não obtém desenvolvimento satisfatório. Nesse aspecto, a comunidade do direito internacional público tem-se posicionado pela aplicação do direito sob a óptica do sistema jurídico internacional, e, por isso, os árbitros vinculados ao direito internacional público são mais inclinados a produzir decisões bem fundamentadas¹⁴⁰¹.

Embora alguns defendam que não há evidências de que a arbitragem funcione como uma linha de montagem a favor dos investidores ao afirmar que os Estados receptores também vencem as disputas, é preciso que se tome tal posicionamento com cautela¹⁴⁰², já que o ganho atrelado aos Estados é atribuído com base em dados que concluem que, de mais de cem indenizações de investimento, os investidores apresentaram reivindicações de US\$ 343

¹³⁹⁸ Ibidem, p. 86.

¹³⁹⁹ Ibidem, p. 86.

¹⁴⁰⁰ MATES, P.; BARTOŇ, M. Public versus Private Interest – Can the Boundaries Be Legally Defined? In: **Czech Yearbook of International Law**, vol. II, p. 171 e ss., 2011.

¹⁴⁰¹ LAIRD, I. Interpretation in International Investment Arbitration – Through the Looking Glass. In: WERNER, J.; ALLI, A. H. **A Liber Amicorum**: Thomas Wälde - Law Beyond Conventional Thought. Londres: CMP Publishing, 2009, p. 153.

¹⁴⁰² PARK, W. W. Investment Claims and Arbitrator Comportment. In: WERNER, J.; ALLI, A. H. **A Liber Amicorum**: Thomas Wälde - Law Beyond Conventional Thought. Londres: CMP Publishing, 2009, p. 190.

milhões em média, mas obtiveram apenas US\$ 10 milhões em média¹⁴⁰³. Ocorre que as “vitórias” dos Estados receptores não podem ser definidas com base nessa medida. O maior ou menor êxito dos Estados nas disputas está relacionado a questões mais amplas do que o montante das indenizações.

Todas essas questões colocam em causa as interpretações no atual sistema de solução de controvérsias de investimento, a exigir que se repense o lugar ocupado pelos direitos humanos. No caso *Industria Nacional de Alimentos SA e Indalsa Perú v. Peru*¹⁴⁰⁴, o tribunal respaldou-se na Convenção de Viena, que afirma a essência da interpretação dos tratados encontrar-se em extrair o sentido comum dos termos usados, em seu contexto, e à luz do objeto e da finalidade do tratado como um todo e prossegue que outros indicadores da intenção das partes podem ser aceitos em circunstâncias definidas, para fins específicos.

Alguns sustentam que o direito internacional geral autoriza os árbitros de investimento a referir diretamente às normas de direitos humanos, o que deveria ocorrer para maximizar a legitimidade de uma decisão e encontrar o equilíbrio em favor do interesse público e geral e para mudar o foco de um conflito de interesses (entre o investidor e os interesses públicos e gerais) para um conflito normativo (entre as normas de direito internacional que estabelecem obrigações de direitos humanos para o Estado e obrigações para os investidores), porém, os julgamentos sobre investimento estrangeiro têm apontado que o regime caracteriza um “direito dos investidores”¹⁴⁰⁵.

Pettersmann (2009, p. 879) afirma que a relutância dos árbitros em interpretar os tratados e resolver os litígios em conformidade com os princípios de justiça e do direito internacional, inclusive os direitos humanos, como exige a Convenção de Viena, é surpreendente, pelo reconhecimento universal dos direitos humanos como parte dos direitos nacional e internacional, baseado em um núcleo inalienável (*jus cogens*) de direitos à dignidade humana e à liberdade que exigem respeito, proteção e promoção por parte de Estados e organizações intergovernamentais com medidas governamentais necessárias, sem prejuízo da margem de apreciação. Conclui o autor que a prevenção e a resolução de disputas de investimento e conflitos relativos aos direitos humanos poderiam tornar-se mais eficazes se

¹⁴⁰³ FRANCK, S. D. Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration’. In: **North Carolina Law Review**, v. 86, n 1, p. 49-50, 2007.

¹⁴⁰⁴ *Industria Nacional de Alimentos SA and Indalsa Perú v. Peru* (ICSID, Caso n. ARB/03/4).

¹⁴⁰⁵ RADI, 2011-2012, p. 3.

os árbitros as solucionassem segundo os princípios de justiça e do direito internacional, incluindo o respeito universal e efetivo aos direitos humanos e às liberdades fundamentais¹⁴⁰⁶.

Pinheiro salienta que ganha força o entendimento de que os tribunais arbitrais devem afastar o resultado que conduz ao direito competente quando contrário a valores e princípios fundamentais que se impõem aos árbitros, designadamente princípios gerais de direito e valores e princípios fundamentais comuns aos Estados envolvidos ou que interagem com a consciência jurídica geral dos operadores do comércio internacional. Essa perspectiva impõe aos árbitros o dever de atenderem às normas imperativas, mesmo quando não integrem o Direito primariamente competente¹⁴⁰⁷. No entanto, os árbitros de investimento frequentemente percebem suas funções como de agentes de uma resolução de disputa particular, e não como juízes de direito público e guardiões de princípios constitucionais de justiça¹⁴⁰⁸.

Isso se deve ao fato de que o sistema é julgado pela visão dos investidores, apesar de os interesses protegidos e promovidos pelo direito internacional dos investimentos não serem apenas seus. Logo, o tribunal argumentou, no caso *Amco Asia Corporation v. Republic of Indonesia*, que “a Convenção destina-se a proteger, na mesma medida e com o mesmo vigor, o investidor e o Estado receptor, não esquecendo que proteger o investimento é proteger o interesse geral de desenvolvimento e dos países em desenvolvimento”¹⁴⁰⁹. Daí a afirmação de que o regime do investimento estrangeiro possui um *ethos* esquizofrênico, já que seu conteúdo normativo permite a conciliação dos objetivos de proteção dos investidores e dos interesses públicos¹⁴¹⁰.

Propostas recentes voltam-se a um maior equilíbrio entre arbitragem de investimentos e direitos humanos; alguns sugerem que se inclua a adoção de composição amigável, mais transparência nos processos, a adoção dos precedentes e a instituição de um órgão de apelação para rever as indenizações¹⁴¹¹. Destaca-se também o papel da reconvenção nas arbitragens de investimento, sustentando-se que tanto a Convenção do ICSID quanto as normas da UNCITRAL possuem previsão para a medida, desde que exista consentimento das partes¹⁴¹².

¹⁴⁰⁶ PETERSMANN, 2009, p. 887-888.

¹⁴⁰⁷ PINHEIRO, L. de L. **Arbitragem transnacional**: a determinação do estatuto da arbitragem. Coimbra: Almedina, 2005, p. 263.

¹⁴⁰⁸ PETERSMANN, 2009, p. 887-888.

¹⁴⁰⁹ *Amco Asia Corporation v. Republic of Indonesia* (ICSID, Caso n. ARB/81/01, Decisão de Competência 24/09/1985).

¹⁴¹⁰ RADI, 2011-2012, p. 9.

¹⁴¹¹ WELLS, L. T.; AHMED, R. **Making Foreign Investment Safe**: property rights and national sovereignty. New York: Oxford University Press, 2007.

¹⁴¹² LALIVE, P. On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration. In: **Czech Yearbook of International Law**. v. II, p. 141 e ss., 2011.

Uma vez que se estabeleça que a reconvenção, insere-se na competência do tribunal, e os Estados podem, ao constatar que há algo no comportamento do investidor que é mais do que um argumento para a reclamação, formar um pedido reconvenicional e considerar a vantagem pela introdução da reconvenção nos mesmos processos¹⁴¹³. Embora seja raramente utilizada pelos Estados, sustenta-se que estes acreditariam mais na arbitragem de investimento se também pudessem apresentar queixas em certas circunstâncias¹⁴¹⁴.

Outra possibilidade seria a reorganização institucional da resolução de litígios transfronteiriços com a criação de um órgão de apelação independente e permanente, com autoridade para rever sentenças proferidas diante dos tratados de investimentos¹⁴¹⁵. Tal proposta parte da premissa de que a eliminação da arbitragem de investimentos não seria benéfica em função de vantagens, como a capacidade de realizar a tomada de decisão por peritos independentes com maior autonomia, controle e eficiência do que em outros mecanismos. A ideia central é de que a existência de um órgão de apelação promoveria uma tomada de decisão mais correta por parte dos árbitros. A função de um órgão de apelação seria fornecer um fórum público para a revisão dos conflitos e criar uma jurisprudência mais coerente¹⁴¹⁶.

Há quem sustente a possibilidade de conferir legitimidade de acesso aos tribunais internacionais de investimento às vítimas de abusos de direitos humanos praticados por investidores estrangeiros. Uma vez que a jurisprudência dos tribunais arbitrais tem estendido as proteções dos tratados bilaterais às empresas afetadas negativamente pelos contratos de investimento, alguns defendem que também as verdadeiras vítimas das atividades dos investidores estrangeiros que abusam de direitos humanos deveriam ter acesso aos tribunais de investimento para apresentar seus casos em certas situações e, especialmente, em casos de violações maciças¹⁴¹⁷. Porém, no quadro atual, as reais vítimas de violações a direitos humanos não possuem um mecanismo efetivo contra os investidores diante das cortes internacionais¹⁴¹⁸.

Alguns autores defendem ainda a inclusão de outros mecanismos para assegurar o cumprimento das normas de direitos humanos e julgar os abusos cometidos por particulares, cujas atividades estarão protegidas ao abrigo desses acordos, diretamente nos tratados

¹⁴¹³ Ibidem, p. 141 e ss.

¹⁴¹⁴ Ibidem, p. 141 e ss.

¹⁴¹⁵ FRANCK, 2005, p. 1608.

¹⁴¹⁶ Ibidem, p. 1608.

¹⁴¹⁷ SUBEDI, 2008, p. 212.

¹⁴¹⁸ Ibidem, p. 213.

bilaterais de investimento. O fundamento está na insuficiência dos códigos de conduta e na falta de executoriedade dos instrumentos existentes e, portanto, a inclusão de mecanismos de tal natureza afastaria essa vulnerabilidade¹⁴¹⁹. Segundo a proposta, as sentenças poderiam ser executadas na mesma base que as proferidas contra um Estado-parte em uma reclamação de investimento.

Por meio da introdução de disposições adicionais, sustentam que o julgamento das reivindicações de direitos humanos propostas por indivíduos poderia ser realizado por um tribunal *ad hoc*, criado e gerido de forma semelhante às reivindicações de investimento. Assim como os investidores podem escolher estudiosos do direito econômico, os reclamantes de direitos humanos escolheriam estudiosos ou árbitros de direitos humanos¹⁴²⁰. Para os defensores da proposição, esse mecanismo aperfeiçoaria as tendências no Direito Internacional ao reconhecer que o cenário jurídico internacional contém mais atores e interesses do que o dos Estados. A possibilidade de compensação a ser concedida no âmbito do mecanismo proposto também forneceria um possível incentivo para controle eficaz e repressão de ações individuais por ONGs¹⁴²¹.

Apesar das propostas, o que se verificou, de concreto, para considerações mais amplas nas disputas de investimento foi o deferimento de alguns pedidos de habilitação de *amicus curiae*. O papel dessa figura é importante para assegurar o direito básico à informação dos afetados pelos processos decisórios desencadeados a partir de um conflito entre investidor e Estado, que normalmente se dá sob o manto da confidencialidade e que tem impactos significativos nos direitos políticos básicos dos cidadãos em participar de um processo democrático, tanto em nível interno como internacional¹⁴²².

No caso *Aguas Argentina v. Argentina*¹⁴²³, o tribunal admitiu o *amicus curiae* pela situação que demonstrava haver interesse público na disputa sobre a distribuição de água e o sistema de esgoto de uma área metropolitana, na cidade de Buenos Aires e arredores. Tendo em vista que esses sistemas forneciam serviços públicos para milhões de pessoas e que o resultado do julgamento poderia levantar uma questão complexa de direito público e

¹⁴¹⁹ WEILER, T. Balancing Human Rights and Investor Protection: A New Approach for a Different Legal Order. In: **Boston College International & Comparative Law Review**, Boston, v. 27, issue 2, p. 432 e ss., 2004.

¹⁴²⁰ Ibidem, p. 433.

¹⁴²¹ Ibidem, p. 433.

¹⁴²² MANN, 2008, p. 21.

¹⁴²³ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. República Argentina* (ICSID, Caso n. ARB/03/19) (inicialmente *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. República Argentina*).

internacional, entendeu-se que qualquer decisão teria o potencial de afetar o funcionamento desses sistemas e o público a que serviam¹⁴²⁴. Também no caso *Aguas Provinciales de Santa Fe*¹⁴²⁵, o entendimento foi de garantir a admissão das manifestações de *amicus curiae* por entender que a água e o sistema de esgoto são serviços públicos e incluem considerações de direitos humanos¹⁴²⁶.

Há quem sustente que o reconhecimento da figura do *amicus curiae* denota uma preocupação maior dos tribunais com as reclamações dirigidas à falta de transparência e com a necessidade de dar uma resposta ao público do que com considerações de direitos humanos¹⁴²⁷. De todo modo, sua presença exigirá dos tribunais uma fundamentação mais sólida e permitirá o controle social sobre as decisões tomadas. Ainda que do ponto de vista jurídico a participação seja limitada, do ponto de vista social e da legitimidade do sistema pode significar um comprometimento maior com os direitos humanos.

Muitas são as questões colocadas pela arbitragem de investimentos em relação aos direitos humanos, e há várias propostas para aprimorar o sistema. Contudo, o desenvolvimento de meios para a inserção de considerações sobre direitos humanos não é simples, por conta da lógica que subjaz ao regime do investimento estrangeiro. Porém, o fato de suscitarem-se questões de interesse público nas relações de investimento demonstra que os valores dos cidadãos são afetados pelas decisões da arbitragem de investimento e só podem ser protegidos com alterações no padrão utilizado¹⁴²⁸.

O quadro revela a necessidade de reconciliação entre a linguagem dos tratados de investimento com a do direito internacional geral, a fim de consolidar o entendimento de que as obrigações assumidas pelos Estados com os investidores estrangeiros nos tratados de investimento são governadas pelo direito internacional público, o que decorre do fato de que os tratados são criaturas do direito internacional e seus termos e estrutura tornam-nos dependentes do contexto do direito internacional geral¹⁴²⁹. Torna-se necessário reconhecer que a ordem pública internacional constitui um limite à aplicação do Direito competente e,

¹⁴²⁴ MANN, 2008, p. 21.

¹⁴²⁵ *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua, S.A. vs. Republica Argentina* (ICSID, Caso n. ARB/03/17).

¹⁴²⁶ PETERSMANN, 2009, p. 891.

¹⁴²⁷ REINER; SCHREUER, 2010, p. 15.

¹⁴²⁸ CHOUDHURY, 2008, p. 15.

¹⁴²⁹ MCLACHLAN, 2008, p. 399.

portanto, este será afastado quando contrário a regras e princípios fundamentais do direito internacional público comuns aos Estados, em presença de direito transnacional¹⁴³⁰.

Para alguns, a problemática apenas será transposta com a superação da ficção existente no argumento de que o direito internacional é um direito entre Estados. Embora os direitos dos investidores e os direitos humanos diferenciem-se em seus conceitos e origens, suas semelhanças preponderam e ambos lidam com o indivíduo ou ator privado confrontado com o exercício da autoridade pública pelo Estado receptor¹⁴³¹. Nos dois casos, o direito internacional elevou o litígio a nível internacional e afastou o direito interno. Conseqüentemente, os direitos humanos e o direito internacional do investimento caracterizam-se pela relação assimétrica entre os atores envolvidos. Todavia, e contrariamente ao conceito clássico de direito internacional público, no regime do investimento estrangeiro, aos atores não estatais confere-se a possibilidade de apresentarem reclamações diretas contra um Estado soberano¹⁴³², sem estabelecer-lhes responsabilidade em relação às vítimas dos abusos de direitos humanos, que não possuem um mecanismo equivalente para proteção de seus direitos.

A situação revela uma incoerência inadmissível, porque, da análise do direito internacional econômico e, em particular, do regime do investimento estrangeiro, pode-se identificar que o poder nessas relações não é exercido pelos Estados apenas, mas também por indivíduos e conglomerados de indivíduos¹⁴³³. Nesse aspecto, a ficção de que o direito internacional é um direito entre Estados oculta este fato e impede o controle sobre a atuação de outros atores¹⁴³⁴. Por isso, sem a adequação da estrutura normativa e institucional do direito internacional do investimento estrangeiro ao direito internacional geral, suas peculiaridades acarretarão maiores desequilíbrios.

4 O papel do regime do investimento estrangeiro no desenvolvimento global

Uma vez que o crescimento da cooperação interestatal de investimentos tem sido uma tendência marcante da comunidade internacional, a expectativa era de que o regime muito

¹⁴³⁰ PINHEIRO, 2005, p. 473.

¹⁴³¹ KULICK, 2012, p. 272.

¹⁴³² Ibidem, p. 272.

¹⁴³³ SORNARAJAH, 2010, p. 278.

¹⁴³⁴ Ibidem, p. 278.

tivesse a contribuir com o alcance dos objetivos do desenvolvimento sustentável¹⁴³⁵, até porque isso se torna impossível sem a participação dos processos econômicos e do uso das vantagens oferecidas pelo investimento estrangeiro direto¹⁴³⁶.

O reconhecimento de que as transações entre o Estado receptor e os investidores estrangeiros privados têm o potencial de ajudar os países na utilização de seus recursos de desenvolvimento de forma mais eficiente e racional, em benefício de ambas as partes¹⁴³⁷, constitui o principal escopo dos tratados de investimento. A maioria dos tratados estabelece, no preâmbulo, que se destina à promoção do desenvolvimento econômico do Estado receptor, e o próprio ICSID, em algumas decisões¹⁴³⁸ sobre sua competência para julgamento das disputas entre investidores e Estados, tem considerado que o investimento deverá caracterizar “certa duração”, “regularidade de lucros e retornos”, “um elemento de risco”, “um compromisso substancial” e que deverá constituir “uma contribuição significativa ao desenvolvimento do Estado receptor”¹⁴³⁹. Essa abordagem segue as características incluídas no que se passou a chamar de *Salini Test*, em que se estabelecem tais exigências para considerar a existência de um investimento sobre o qual o ICSID tenha jurisdição¹⁴⁴⁰. O exemplo principal dessa abordagem de “requisitos objetivos” é o caso *Salini v. Morocco*, em que a referência preambular ao desenvolvimento econômico foi considerada um fator importante para definir a natureza de um investimento para efeitos da competência do ICSID¹⁴⁴¹.

O elemento de contribuição ao desenvolvimento do país receptor dos investimentos já foi adotado para negar jurisdição a uma disputa com o fundamento de que a operação não havia feito uma contribuição significativa ao desenvolvimento do Estado receptor¹⁴⁴². No caso *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, o árbitro único considerou que o contrato não forneceu qualquer benefício à Malásia, ou seja, que não houve contribuição para o desenvolvimento econômico, e, portanto, não se caracterizou o investimento para efeito de

¹⁴³⁵ O conceito foi incluído na agenda internacional com o Relatório Brundtland, segundo o qual deve-se promover um desenvolvimento capaz de satisfazer as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das futuras gerações satisfazerem as próprias necessidades; ver Brundtland (1987). Para Elkington (1994), corresponde ao equilíbrio entre os pilares: ambiental, econômico e social.

¹⁴³⁶ FARKHUTDINOV, 2011, p. 232.

¹⁴³⁷ Ibidem, p. 232.

¹⁴³⁸ *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt* (ICSID, Caso n. ARB/03/11); *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (ICSID, Caso n. ARB/00/4); *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID, Caso n. ARB/03/29).

¹⁴³⁹ MUCHLINSKI, 2010, p. 182.

¹⁴⁴⁰ UNCTAD, 2011, p. 41.

¹⁴⁴¹ Ibidem, p. 53.

¹⁴⁴² *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia* (ICSID, Caso N. ARB/05/10).

Julgamento nos termos da Convenção do ICSID. A decisão foi modificada pelo Comitê de Anulação, que se posicionou contrário ao critério de desenvolvimento como requisito jurisdicional na Convenção do ICSID¹⁴⁴³. Porém, para o árbitro único, a missão original do ICSID consiste em fornecer um mecanismo para a solução de controvérsias de investimento com uma contribuição positiva ao desenvolvimento econômico do país receptor¹⁴⁴⁴.

A questão é controversa, pois, no caso *Pey Casado v. Chile*¹⁴⁴⁵, entendeu-se que um investimento pode ser útil ou não para um país sem perder sua qualidade de investimento. Ao mesmo tempo em que o Preâmbulo da Convenção do ICSID menciona a contribuição para o desenvolvimento econômico dos Estados receptores, para o tribunal, a referência é apresentada como consequência, e não como condição de investimento. Em entendimentos recentes, o tribunal tem considerado que, ao proteger os investimentos, a Convenção facilita o desenvolvimento do Estado receptor, mas não significa que o desenvolvimento do Estado seja um elemento constitutivo do conceito de investimento¹⁴⁴⁶.

Tal desacordo revela o próprio dilema do direito internacional do investimento estrangeiro¹⁴⁴⁷ de saber se consiste em um regime para a proteção do investimento pura e simplesmente ou se diz respeito a um direito da cooperação econômica internacional, caso em que será necessário equilíbrio entre os interesses privados dos investidores e os interesses públicos dos Estados receptores¹⁴⁴⁸. Em que pese a discussão quanto ao critério de desenvolvimento do país receptor, nos julgamentos pelos tribunais arbitrais seja limitada, por conta do âmbito econômico desses tratados, tem-se reconhecido que estes últimos podem desempenhar uma função importante no desenvolvimento das comunidades nas quais os investimentos são realizados.

A utilização de um enfoque econômico estreito é inadequada para compreender os fatores que podem contribuir para o desenvolvimento, daí porque um conceito mais amplo de

¹⁴⁴³ MUCHLINSKI, 2010, p. 184.

¹⁴⁴⁴ Ibidem, p. 185.

¹⁴⁴⁵ *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republica do Chile* (ICSID, Caso n. ARB/98/2, Julgamento em 8 de maio de 2008). A mesma conclusão foi adotada no caso *Electrabel S.A. v. República da Hungria*, na decisão de 30 de novembro de 2012, e no caso *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. e Abal Hermanos S.A. v. República Oriental do Uruguai* (ICSID, Caso n. ARB/10/7, na decisão de 2 de julho de 2013).

¹⁴⁴⁶ *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republica do Chile*, (ICSID, Caso n. ARB/98/2, Julgamento em 8 de maio de 2008).

¹⁴⁴⁷ O dilema do direito internacional do investimento estrangeiro é saber se é uma norma pura e simples de proteção ao investimento ou se é um direito de cooperação econômica internacional, caso em que a necessidade de equilíbrio dos interesses privados do investidor com os interesses públicos do Estado receptor pode ser essencial (UNCTAD, 2011, p. 65).

¹⁴⁴⁸ MUCHLINSKI, 2010, p. 185.

desenvolvimento, que seja ao mesmo tempo social e econômico, é necessário para abranger os discursos que visam reformar os atuais tratados de investimento e estabelecer a ideia de responsabilidade dos investidores estrangeiros¹⁴⁴⁹.

Essa abordagem centra-se no pensamento contemporâneo sobre o desenvolvimento, baseado em autores como Sen (2010), para quem o desenvolvimento só pode ocorrer como um processo de expansão das liberdades reais de que as pessoas desfrutam. Tais liberdades incluem o fornecimento de condições elementares para a vida, mas também para executar as liberdades políticas, o acesso a infraestruturas econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência, assegurando a liberdade de lidar uns com os outros em condições de lucidez e segurança, com base no bem-estar essencial contra a miséria¹⁴⁵⁰.

A visão do desenvolvimento como um processo holístico tem sido sustentada por autores como Stiglitz (1998; 2004) e Sachs e revela implicações importantes para a evolução do regime do investimento estrangeiro. Em primeiro, de que este ramo existe dentro do quadro mais amplo do direito internacional público e deve ser informado por seus princípios gerais, entre os quais, o respeito à Carta das Nações Unidas, que prevê um dever de cooperação internacional enraizado em uma concepção ampla de desenvolvimento, conforme defendido por Sen¹⁴⁵¹. Esse dever pode ser estendido às relações fundadas nos tratados de investimento estrangeiro, na medida em que são firmados de acordo com o direito internacional e devem refletir suas políticas¹⁴⁵². Portanto, o Estado de origem e o Estado receptor devem cooperar para um processo de investimento e um regime regulatório que busquem incorporar valores sociais, o que pode exigir novos deveres para os Estados de origem dos investidores, além dos atualmente impostos aos Estados receptores¹⁴⁵³.

Existe uma gama de tratados e declarações no direito internacional que apontam para essa direção. Além da Carta da ONU, que promove o objetivo de progresso econômico e social e desenvolvimento, os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio apelam para uma parceria global para o desenvolvimento. Em especial, com o encorajamento do desenvolvimento de um sistema comercial e financeiro aberto, previsível e não discriminatório, com um compromisso de boa governança, desenvolvimento e redução da

¹⁴⁴⁹ Ibidem, p. 186.

¹⁴⁵⁰ Para Sen (2010, p. 18), o que as pessoas conseguem realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras, como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas.

¹⁴⁵¹ MUCHLINSKI, 2010, p. 188.

¹⁴⁵² Ibidem, p. 188.

¹⁴⁵³ Ibidem, p. 188.

pobreza, tanto em nível nacional como internacional, conceitos que se aplicam ao sistema de investimento. O Consenso de Monterrey da Conferência da ONU de 2002 reconhece que os países precisam continuar seus esforços para alcançar um clima de investimento transparente, estável e previsível, com aplicação adequada dos contratos e respeito pelos direitos de propriedade, embutidos em políticas e instituições macroeconômicas sólidas que permitam que as empresas operem de forma eficiente e rentável com o máximo desenvolvimento. O Plano de Implementação da ONU de Johannesburgo de 2002, e a Declaração do Rio apelam pela formulação e elaboração de estratégias nacionais de desenvolvimento sustentável que integrem os aspectos econômicos, sociais e ambientais. A Conferência da ONU, em 2011, adotou o Programa de Ação de Istambul para 2011 a 2020, com ênfase na capacitação produtiva e na transformação estrutural como elementos essenciais para alcançar um crescimento mais equilibrado, equitativo e sustentável. A XII Conferência da UNCTAD, em 2012, reconheceu o papel do investimento estrangeiro no processo de desenvolvimento e convidou os países a elaborarem políticas para reforçar o impacto do investimento estrangeiro no desenvolvimento sustentável e no crescimento inclusivo.

Diante desses instrumentos, a UNCTAD apresentou, em 2015, dez princípios que orientam políticas de investimento voltadas para o desenvolvimento sustentável; são eles: (i) coerência política, (ii) governança pública e instituições, (iii) processo de elaboração de políticas de investimento dinâmica, (iv) equilíbrio entre direitos e obrigações, (v) direito de regular, (vi) abertura ao investimento, (vii) proteção do investimento e tratamento não discriminatório, (viii) promoção e facilitação do investimento, (ix) governança corporativa e (x) responsabilidade e cooperação internacional. Em conjunto, pretendem reconhecer a necessidade de promover o investimento não apenas para o crescimento econômico como tal, mas para um crescimento que beneficie a todos, inclusive os mais pobres.

Nessa visão, defende-se a revisão dos acordos e dos contratos de investimento, a fim de que passem a refletir as mudanças na compreensão do próprio regime. Se tanto os investidores como os Estados receptores considerassem que devem proteger os direitos humanos, haveria várias opções: alterações nos contratos de investimento, inserção de disposições com tal finalidade nos contratos, celebração de contratos complementares aos originais ou alteração das disposições dos contratos originais¹⁴⁵⁴.

A Comissão de Direito Internacional sobre Investimento Estrangeiro afirmou que a desconsideração prática das regras do direito internacional geral está em contraste com a

¹⁴⁵⁴ SUBEDI, 2008, p. 211.

extensa dependência dos tribunais de investimento em outras normas de direito internacional (sobre a interpretação dos tratados)¹⁴⁵⁵. Esse desconhecimento dos tribunais de investimento pode mudar quanto aos direitos humanos fundamentais que são reconhecidos como regras de *jus cogens*. As partes envolvidas nos litígios de investimento tendem a invocar o status superior de normas imperativas como justificativa para o não cumprimento das obrigações de investimento, incluindo as contidas em contratos de investimento (como as cláusulas de estabilização)¹⁴⁵⁶. As razões para a divergência entre o investimento internacional e as normas de direito internacional público podem estar nos diferentes objetivos desses ramos e nas características distintivas das relações de investimento. Enquanto as normas de direito internacional público são neutras em relação à interação entre a maioria dos ramos do direito internacional, os tribunais de investimento esforçam-se para promover o objetivo básico das normas de investimento¹⁴⁵⁷.

Outro aspecto que pode desempenhar um papel importante no desenvolvimento do Estado receptor tem relação com os contratos de investimento. Trata-se de tendência, pois os Estados passaram a contratar empresas privadas estrangeiras para fornecer serviços domésticos, como saúde, educação, administração penitenciária, atividades militares e de inteligência, ajuda externa e tarefas diplomáticas¹⁴⁵⁸. A questão refere-se à necessidade de estender valores do direito público a essas relações ou de estabelecer mecanismos que tornem esses atores responsáveis sobre valores de direito público¹⁴⁵⁹. Por reconhecer a ligação entre os direitos humanos e o investimento estrangeiro, desde 2011, a ONU tem promovido os Princípios para Contratos Responsáveis, desenvolvidos como anexo dos Princípios Orientadores de John Ruggie, que buscam integrar os riscos de direitos humanos nas negociações contratuais de projetos de investimento entre Estados receptores e investidores estrangeiros¹⁴⁶⁰. A ideia é de que em vez de centrar-se apenas nos riscos para os investidores, que se volte, na mesma medida, a atenção nos riscos para os direitos humanos.

¹⁴⁵⁵ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION COMMITTEE ON THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT. **Conference Report Rio 2008**. 2008. Disponível em: <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1015>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

¹⁴⁵⁶ Ibidem.

¹⁴⁵⁷ Ibidem.

¹⁴⁵⁸ DICKINSON, L. A. Public Law Values in a Privatized World. In: **The Yale Journal of International Law**, v. 31, n. 2, p. 383-426, 2006.

¹⁴⁵⁹ Ibidem, p. 389.

¹⁴⁶⁰ ONU. **Principles for Responsible Contracts: Integrating the Management of Human Rights Risks into State-Investor Contract Negotiations**. New York/Geneva: United Nations Human Rights/Office of the High Commissioner, 2015. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Principles_ResponsibleContracts_HR_PUB_15_1_EN.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2017.

Por isso, além do entendimento do investimento estrangeiro como inserido no direito internacional público, a concepção ampla de desenvolvimento sustentada por Sen pode exigir que se estabeleçam obrigações aos investidores, e tais deveres terão de ir além de meras declarações de intenção ou dos instrumentos de *soft law*¹⁴⁶¹. De acordo com a Comissão de Direito Internacional sobre Investimento Estrangeiro, esse é um campo que combina questões comerciais e de direito internacional público e impõe um equilíbrio de direitos e obrigações para assegurar que objetivos complementares sejam alcançados¹⁴⁶². Isso pode exigir o destaque das consequências econômicas e sociais da atividade de investimento nos países receptores, por meio da introdução de novas obrigações para os investidores e para os países de origem em novas gerações de tratados e por meio do reconhecimento do direito do país de acolhimento em regular, de acordo com os atuais direitos dos investidores, a proteção de seus investimentos¹⁴⁶³.

Uma abordagem orientada para o desenvolvimento pode ser alcançada com o reequilíbrio entre direitos e obrigações nos tratados de investimento e com a inclusão de deveres aos Estados de origem e aos investidores estrangeiros, o que se justifica em uma concepção de desenvolvimento que adote não apenas o crescimento econômico, mas um desenvolvimento sustentável, compatível com a proteção dos direitos humanos¹⁴⁶⁴. Embora a harmonização dos regimes seja difícil, e algumas vezes o cumprimento de ambos os conjuntos de obrigações seja virtualmente impossível, é preciso destacar que, enquanto os direitos humanos são fundamentais à dignidade humana, os direitos oriundos do regime do investimento estrangeiro são instrumentais para o alcance de certos objetivos, o que traduz a garantia de prioridade das obrigações de direitos humanos¹⁴⁶⁵.

¹⁴⁶¹ MUCHLINSKI, 2010, p. 188.

¹⁴⁶² INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION COMMITTEE ON THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT, 2008.

¹⁴⁶³ Ibidem.

¹⁴⁶⁴ MUCHLINSKI, 2010, p. 204.

¹⁴⁶⁵ SIMMA, 2011, p. 591.

PARTE III

A RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E OS INVESTIDORES ESTRANGEIROS: HÁ ESPAÇO PARA RESPONSABILIDADES?

CAPÍTULO I

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

1 O desenvolvimento dos direitos humanos

Os fundamentos da proteção dos direitos humanos desenvolveram-se a partir de uma perspectiva filosófica¹⁴⁶⁶. Para alguns, as origens remotas da fundamentação dos direitos humanos decorrem dos primórdios da civilização¹⁴⁶⁷, pois pensamentos e ordenamentos da Antiguidade estabeleciam princípios de proteção de valores humanos¹⁴⁶⁸. Mesmo desconhecendo a técnica do limite do poder pela lei, as civilizações antigas, na medida permitida pelas instituições sociais rudimentares e pelo costume, privilegiaram a pessoa humana¹⁴⁶⁹. Porém, quando se põe a questão da existência dos direitos humanos na Antiguidade, a resposta é negativa¹⁴⁷⁰, de modo que não se pode falar propriamente de sua existência até a modernidade¹⁴⁷¹. Isso não significa que não havia consciência da dignidade humana ou que não se houvesse refletido sobre a liberdade ou igualdade em algumas

¹⁴⁶⁶ ANDRADE, J. C. V. de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 17.

¹⁴⁶⁷ Wyzanski Jr. (1979, p. 9-13) afirma que embora algumas ideias conduzissem a conceitos de direito natural, não eram em essência doutrinas de direitos humanos.

¹⁴⁶⁸ Por exemplo, o Código de Hamurábi, o pensamento de Amenófis IV, a filosofia de Mêncio, a República, de Platão, o Direito Romano e várias culturas ancestrais (HERKENHOFF, 1994, p. 54). Donnelly (2009) salienta que os direitos humanos não têm uma única base filosófica ou religiosa, possuem muitas e maior ressonância do que qualquer filosofia ou religião em particular.

¹⁴⁶⁹ TAIAR, R. **Direito Internacional dos direitos humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania em face da proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: MP Ed., 2010, p. 140. Há quem se reporte à origem da ideia dos direitos humanos à Antiguidade grega, para os quais tais direitos decorrem do direito natural (SZABO, 1982, p. 11). Embora já se manifestassem ideias de dignidade e de igualdade referidas a todas, essas noções estavam dispersas e não havia uma unificação do conceito. Tais valores eram de difícil entendimento na altura, por isso, nega-se a ideia de direitos humanos na época, embora se revelem as raízes do humanismo (ANDRADE, 2010, p. 18-19; PECES-BARBA, 1995, p. 113-114). Ver ainda Micheline (2004, pp. 15 e ss.). Sobre o humanismo: Reale e Antiseri (1990, p. 16 e ss). Alguns procuram a origem dos direitos humanos no direito romano, no trabalho de Cícero. Por um lado, o direito romano postulou uma lei natural, mas estava ligada ao *jus gentium* e era considerado conforme o direito natural que existissem diferenças sociais radicais, o que exclui a ideia dos direitos humanos fundada na igualdade (SZABO, 1982, p. 12).

¹⁴⁷⁰ CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 380.

¹⁴⁷¹ PECES-BARBA, G. **Curso de Derechos Fundamentales: teoria general**. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 113; PAGELS, E. The roots and the origins of human rights. In: HENKIN, A. H. **Human dignity: the internationalization of human rights**. New York: Aspen Institute for Humanistic Studies, 1979, p. 2.

dimensões, todavia, essas matérias não haviam encontrado um catalisador que as transformasse em direitos e as vinculasse ao direito positivo¹⁴⁷².

Foram as concepções cristãs medievais que abriram caminho para a necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais fundadas na própria natureza dos homens, especialmente com a secularização do direito natural pela teoria dos valores objetivos da escolástica espanhola, de Francisco de Vitória, Vásquez e Suárez, e, depois, por Grócio, Pufendorf e Locke¹⁴⁷³. Algumas noções do cristianismo tiveram repercussão nas esferas social e política com a ideia de humanidade, ou seja, todos os homens iguais, filhos do mesmo Deus¹⁴⁷⁴, e com a proclamação da natureza inviolável da pessoa humana, princípio do qual decorreram corolários como a condenação da escravatura, a liberdade e os direitos do homem, a limitação do poder político e outros¹⁴⁷⁵. Com a concepção transcendental da dignidade humana, o cristianismo descerrou um panorama velado para a Antiguidade, constituindo a mola para a evolução jurídica voltada à centralização sobre o ser humano e seu valor inalienável de pessoa¹⁴⁷⁶.

O pensamento da escolástica espanhola foi fundamental no desenvolvimento de noções sobre direitos humanos. Suárez sustentava que o direito natural referia-se ao conjunto de normas retiradas da legislação divina, que não são conhecidas pela revelação, mas pela razão que Deus colocou no homem¹⁴⁷⁷. Vitória procurou fundamentar os direitos humanos¹⁴⁷⁸ em sua reflexão sobre a defesa dos índios e sua humanidade e seus direitos de propriedade e jurisdição, bem como estabelecer regras para o comércio espanhol e para a ocupação dos territórios conquistados¹⁴⁷⁹.

As reflexões contribuiriam para o desenvolvimento dos direitos humanos, porque se deram em um contexto histórico específico. Quando Colombo partiu para o Novo Mundo, em 1492, não havia debate sobre os fundamentos legais de sua ação. O propósito da viagem tinha sido econômico, e somente depois surgiu a questão da evangelização e da civilização dos

¹⁴⁷² PECES-BARBA, G. Sobre el fundamento de los derechos humanos: un problema de Moral y Derecho. In: **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 28, p. 193-207, 1988.

¹⁴⁷³ CANOTILHO, 2003, p. 382.

¹⁴⁷⁴ “Deus criou o homem à sua imagem e semelhança”. BÍBLIA. *Bíblia Sagrada*. 8ª ed. Aparecida: Editora Santuário, 1978. Gênesis, capítulo 1, versículos 26-27.

¹⁴⁷⁵ AMARAL, D. F. do. **História do Pensamento Político Ocidental**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 77-78

¹⁴⁷⁶ SODER, J. **Direitos do homem**. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1960, p. 27.

¹⁴⁷⁷ O direito natural concebido por Suarez era um direito racional mais do que natural, porque retirado dos princípios eternos e imutáveis da razão e um direito composto por regras. Apesar disso, não se encontra ainda em Suarez a origem da ideia de direitos humanos (CABRITA, 2011, p. 103-107).

¹⁴⁷⁸ PEREZ LUÑO, A. E. **Los Derechos Fundamentales**. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1986, p. 132.

¹⁴⁷⁹ Bartolomé de Las Casas e Domingo de Soto questionaram os fundamentos para a jurisdição dos espanhóis sobre os índios. Formaram a Escola de Salamanca, que visava lidar com as mudanças no contexto dos descobrimentos (KOSKENNIEMI, 2011).

índios¹⁴⁸⁰. Porém, para os conquistadores, colocou-se a questão de saber com que direito tinham entrado nas comunidades indígenas, tomado os bens dos índios e travado guerras a essas tribos. A busca pela confissão dos pecados e pela salvação, por parte dos conquistadores, conduziu à reflexão sobre a natureza das atividades dos espanhóis, para prepará-los para o sacramento da penitência¹⁴⁸¹.

Vitória partiu da premissa de que, sobre o direito natural, homem algum possui domínio sobre o outro. Todos nasceram livres, e a propriedade foi realizada em comum. Com isso, não só a conquista, mas outros aspectos da vida europeia, na altura, como um sistema internacional de comércio baseado na propriedade e na busca do lucro, consistiam em abominação moral¹⁴⁸². Vitória analisou a questão do ouro e da prata importados das terras descobertas e as oportunidades de exportação de bens manufaturados para as Américas, bem como o financiamento relacionado a essas oportunidades, que começaram a criar uma rede de relações globais que transformariam o meio social na Europa¹⁴⁸³.

O entendimento era de que as trocas econômicas estavam fundadas em um direito universal de *dominium* aplicável a todo o mundo e que eram interpretadas como parte da parceria natural entre os homens, de modo que o surgimento de um sistema internacional de comércio baseado no livre gozo do *dominium* por mercadores privados era algo que os reis não poderiam impedir¹⁴⁸⁴. Com o tempo, a questão do *dominium*, relacionada ao exercício do poder sobre outros seres humanos (índios), foi esquecida e substituída por temas como liberdade, regulação e outros¹⁴⁸⁵.

Tais questões foram retomadas por Grócio, que se baseava no conceito de sociabilidade como o dever de respeitar os direitos alheios. Embora houvesse diferenças em relação aos escolásticos, todos reagiram à expansão do comércio produzindo um vocabulário político e jurídico que tomava esta como natural e articulava o universo social estabelecido como uma rede universal de relações interindividuais¹⁴⁸⁶. Na obra *De Iure Belli ac Pacis*, Grócio afirmou a existência de princípios de justiça universalmente válidos e proclamou um parentesco entre os homens, conferido pela natureza¹⁴⁸⁷. Para os direitos humanos, o principal

¹⁴⁸⁰ Ibidem, p. 12.

¹⁴⁸¹ Ibidem, p. 13.

¹⁴⁸² Ibidem, p. 13.

¹⁴⁸³ Ibidem, p. 19.

¹⁴⁸⁴ Ibidem, p. 26.

¹⁴⁸⁵ Ibidem, p. 36.

¹⁴⁸⁶ Ibidem, p. 34-35.

¹⁴⁸⁷ VETTERLI, R.; BRYNER, G. Hugo Grotius and Natural Law: a reinterpretation. In: **The Political Science Review**, v. 22, n. 1, p. 370-398, fall 1993. Disponível em: <http://www.mmisi.org/pr/22_01/vb.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2014; PINTO, F. F. Tradição e modernidade na obra de Hugo Grócio. In: TRINDADE, A. A. C. (Org.). **A Nova Dimensão do Direito Internacional Público**. Brasília: Instituto Rio Branco, 2003, p. 261-262.

contributo foi ter sugerido que se deveria pensar em direitos subjetivos, buscando fundar o direito sobre a razão¹⁴⁸⁸.

As obras de Grócio, Thomasius, Pufendorf e Wolf foram responsáveis pela construção do sistema do jusnaturalismo racionalista, tanto em sua esquematização e teorização na razão humana como na transformação do direito natural divino em direito natural secular¹⁴⁸⁹, e constituem um referencial da transição do pensamento medieval para a modernidade¹⁴⁹⁰. Contudo, o pensamento humanista da modernidade cristã ainda não foi capaz de gerar a ideia de direitos humanos no sentido atual. Na altura, o indivíduo estava na posição de titular de direitos de resistência contra as instituições, mas ainda não era o verdadeiro sujeito de direitos públicos subjetivos¹⁴⁹¹.

Entre as contribuições para o desenvolvimento dos direitos humanos, destaca-se o papel das cartas de franquias medievais dadas pelos reis aos vassalos, em especial, a *Magna Charta Libertatum*, de 1215¹⁴⁹², pela qual o rei obrigava-se a respeitar um conjunto de “direitos” e “liberdades”¹⁴⁹³. A prática da transformação da tradição costumeira do direito de resistência ao poder estatal em documentos jurídicos estendeu-se por vários países, e a *Magna Charta* representou um passo decisivo para maior equilíbrio entre o ser humano e o monarca¹⁴⁹⁴.

No período em que ainda não havia sido consolidada a proteção aos direitos humanos, algumas questões específicas emergiram e referiam-se a assuntos de interesse internacional, como a liberdade religiosa, a abolição da escravatura e do tráfico de escravos, a emergência do direito humanitário e a proteção dos cidadãos no estrangeiro¹⁴⁹⁵. Enquanto tais tópicos tornaram-se de interesse internacional, os direitos humanos eram considerados de jurisdição interna dos Estados, e afirmava-se que não poderiam ter proteção pelo direito internacional porque este era o direito das relações entre Estados, e não poderia conferir direitos aos indivíduos¹⁴⁹⁶.

Machado (2006, p. 362) destaca que a Paz de Vestfália foi o marco fundamental do direito internacional dos direitos humanos, que colocou o direito à liberdade religiosa como

¹⁴⁸⁸ CABRITA, I. **Direitos Humanos**: um conceito em movimento. Coimbra: Almedina, 2011, p. 109.

¹⁴⁸⁹ GARCIA, 2005, p. 417-450.

¹⁴⁹⁰ PINTO, 2003, p. 271.

¹⁴⁹¹ ANDRADE, 2010, p. 19.

¹⁴⁹² CANOTILHO, 2003, p. 383. Ver: INGLATERRA (1215).

¹⁴⁹³ ANDRADE, 2010, p. 22.

¹⁴⁹⁴ ALARCÓN, P. de J. L. **Patrimônio genético humano**: e sua proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Método, 2004, p. 69.

¹⁴⁹⁵ SHELTON. D. An Introduction to the History of International Human Rights Law. **GWU Legal Studies Research Paper**, n. 346, ago. 2007, p. 9.

¹⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 9.

princípio fundamental, garantia de estabilidade da ordem internacional e limite à soberania estatal. Destaca ainda o processo histórico de desenvolvimento do constitucionalismo moderno, com o triunfo das ideias do direito natural, dos direitos fundamentais, da soberania popular, do governo limitado e da separação de poderes, que tiveram impacto não apenas no direito interno, mas também no direito internacional¹⁴⁹⁷. Observa que o direito internacional dos direitos humanos é, em boa medida, o culminar, no plano jurídico-internacional, desses desenvolvimentos¹⁴⁹⁸.

Dessa forma, quando se afirma que os direitos humanos constituem um conceito histórico próprio do mundo moderno, quer-se dizer que as ideias subjacentes a suas raízes só passaram a ser reconhecidas como direitos em um determinado momento da cultura política e jurídica¹⁴⁹⁹. Para a consolidação da proteção a esses direitos, foram necessárias condições sociais e históricas¹⁵⁰⁰, particularmente as características identificadoras do mundo a partir do Renascimento, que permitiram a compreensão dos direitos humanos em suas dimensões políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais¹⁵⁰¹.

Os direitos humanos surgiram influenciados pelas características de um trânsito à modernidade em resposta a situações em que restaram prejudicados ou diminuídos pelo Estado absoluto e no contexto das guerras de religião que desencadearam, no século XVI, a quebra da unidade religiosa¹⁵⁰². Constituem expressão do dissenso de setores da burguesia comercial, das minorias civis e religiosas diante de três dimensões do incipiente Estado moderno como Estado absoluto: a intolerância e a imposição pela força de uma crença religiosa, a concentração de poder nas mãos do monarca absoluto, legitimado por uma origem divina, pela tradição histórica ou pelo carisma do titular da Coroa, e a situação do direito penal e processual, em especial a falta de independência dos juízes, a utilização da tortura como pena e meio de prova e a falta de segurança de um processo isonômico¹⁵⁰³.

A presença de um conjunto de contradições no modo de produção feudal, a revolta dos camponeses, o desenvolvimento do comércio, o crescimento das cidades, o fortalecimento da burguesia, o enfraquecimento da nobreza e do clero, atrelados às navegações, à descoberta do

¹⁴⁹⁷ MACHADO, 2006, p. 362.

¹⁴⁹⁸ Distingue-se do direito constitucional dos direitos fundamentais no plano dos pressupostos e das condições sistêmicas de efetivação, pela ausência de um suporte de estadualidade soberana, política, jurídica, econômica e socioculturalmente referenciado, mas possuem as mesmas raízes histórico-filosófico-religiosas (Ibidem, p. 362-363).

¹⁴⁹⁹ PECES-BARBA, 1995, p. 113.

¹⁵⁰⁰ TRINDADE, J. D. de L. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002, p. 18.

¹⁵⁰¹ PECES-BARBA, 1995, p. 114.

¹⁵⁰² PECES-BARBA, 1988, p. 268.

¹⁵⁰³ Ibidem, pp. 268-269.

Novo Mundo, aos avanços da mecânica, da ciência e da tecnologia, a Reforma e o Renascimento estabeleceram o ambiente propício¹⁵⁰⁴. A construção intelectual de um direito natural de base racional foi socialmente apropriada pela burguesia como arma ideológica de combate¹⁵⁰⁵ e, em conjunto com as mudanças econômicas e sociais, foi decisiva na gênese dos direitos humanos¹⁵⁰⁶.

Ao compatibilizar a evolução dos direitos humanos com seu conteúdo, Perez Luño (1995) afirma que tais direitos correspondem ao conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. Ao longo da história, as normas de direitos humanos revelaram uma natureza dinâmica e evolutiva, aberta a novas formulações em cada momento histórico, e a presença de uma forte carga ideológica¹⁵⁰⁷.

Segundo Peces-Barba (1995, p. 154-203), o processo de evolução dos direitos humanos possui quatro fases: a) o processo de positivação, em que as discussões filosóficas afirmam-se no ordenamento jurídico; b) o processo de generalização, em que se estende o reconhecimento e a proteção dos direitos de uma classe a todos os membros de uma comunidade como consequência da luta pela igualdade real; c) o processo de internacionalização, que consiste em dotar os direitos naturais de uma validade jurídica universal que envolva toda a comunidade internacional; d) o processo de especificação, no qual se atendem situações concretas das pessoas para atribuir direitos a cada uma, como direitos das crianças, das mulheres, dos idosos, dos povos indígenas e outros.

Karel Vasak relacionou a evolução desses direitos ao lema da Revolução Francesa. Para ele, a primeira geração¹⁵⁰⁸ seria a dos direitos civis e políticos fundados na liberdade; a segunda, dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade; e a terceira, dos direitos de solidariedade, especificamente do desenvolvimento, do direito à paz e ao meio ambiente, a representar a fraternidade¹⁵⁰⁹. Com efeito, alguns momentos¹⁵¹⁰ destacam-se no

¹⁵⁰⁴ TRINDADE, 2002, p. 26.

¹⁵⁰⁵ Ibidem, p. 26.

¹⁵⁰⁶ PECES-BARBA, 1995, p. 114.

¹⁵⁰⁷ BRITO, 2014, p. 433. Os direitos humanos não se apresentam como um “produto” acabado, ao contrário, apresentam transformações que vão desde sua negação até o reconhecimento de um sistema internacional de proteção aos indivíduos (GUERRA, 2015, p. 39).

¹⁵⁰⁸ Alguns criticam o conceito de “gerações”, pois poderia dar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, o que se considera equivocado, já que o processo é de acumulação e não sucessão, e em cada momento histórico se formularam novos direitos, mas que se somaram aos antigos (ANDRADE, 2010, p. 67; MELLO, 2001, p. 239; BONAVIDES, 1996, p. 524-525; CANOTILHO, 2003, p. 386).

¹⁵⁰⁹ PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 28.

¹⁵¹⁰ Embora não se verifique um processo histórico tão linear (CANOTILHO, 2003, p. 380).

processo de conscientização desses direitos, que emergiram das lutas travadas pelo homem para sua emancipação e para a transformação das condições de vida¹⁵¹¹. Os direitos humanos surgiram como consequência das exigências de limitar o poder, e seu significado está atrelado à ideia de limites¹⁵¹², que embora se tenham originado no plano moral, só foram admitidos após a positivação¹⁵¹³.

Com o aparecimento do Estado e a luta pela limitação de seus poderes, a questão dos direitos individuais centrou-se na liberdade religiosa. Com a ascensão da burguesia e o aparecimento do capitalismo, à liberdade religiosa juntou-se a reivindicação dos direitos civis¹⁵¹⁴. Assim, os primeiros direitos, individuais, políticos e processuais, que constituem o núcleo das declarações da Revolução Liberal, não foram produto de uma grande reflexão, mas de uma resposta à situação existente na Europa e nas colônias nos séculos XVI e XVII¹⁵¹⁵. No contexto do capitalismo mercantil, com a acumulação de riquezas e a necessidade de segurança para as relações comerciais, a situação exigia um estatuto individual estável, assente na autonomia do *homo economicus*¹⁵¹⁶.

No plano dos fatos políticos, os direitos dos ingleses, conquistados durante o século XVII pela Revolução Puritana e pela Revolução Gloriosa, surgiram progressivamente como enunciações gerais de direito costumeiro, como na *Petition of Rights*¹⁵¹⁷, na *Abolition of Star Chamber*¹⁵¹⁸, no *Habeas Corpus Amendment Act*¹⁵¹⁹ e no *Bill of Rights*¹⁵²⁰. Apesar de a ideia dos direitos humanos ter nascido na Inglaterra, não foi nesse país que surgiram as declarações

¹⁵¹¹ TRINDADE, 2002, p. 32.

¹⁵¹² DE ASÍS ROIG, R. **Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder**. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Editorial Dykinson, 2000. p. 15-17.

¹⁵¹³ ALEXY, R. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 28.

¹⁵¹⁴ Ibidem, p. 434.

¹⁵¹⁵ PECES-BARBA, 1988, p. 269.

¹⁵¹⁶ CANOTILHO, 2003, p. 385. Locke foi o primeiro filósofo político a sustentar que o homem é, no estado de natureza, detentor de direitos individuais naturais, que considerava, no mínimo, o direito à vida, à propriedade, à liberdade e à saúde e no plano garantístico, que todo o homem tem o direito de punir o transgressor e de ser o executor do direito natural. Entendia que daí decorria que o poder político delegado pelos cidadãos no Estado não era e nem poderia ser absoluto, pelo que deveria ser limitado com consentimento dos que constituem a sociedade (AMARAL, 2012, p. 191).

¹⁵¹⁷ A *Petition of Rights*, elaborada na Inglaterra por Edward Coke, em 1628 e dirigida ao monarca, tratava-se de documento pelo qual os membros do Parlamento inglês peticionaram o reconhecimento de diversos direitos e liberdades para os súditos. (Ibidem, p. 165).

¹⁵¹⁸ A *Abolition of Star Chamber* (1641) significou a extinção de uma Corte Inglesa conhecida pelo exercício de poderes arbitrários (LOMAX, 1965).

¹⁵¹⁹ A *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) reforçou as reivindicações de liberdade da *Petition of Rights*, traduzindo-se em uma garantia de liberdade individual, pois suprimiu as prisões arbitrárias (TAIAR, 2010, p. 165).

¹⁵²⁰ A *Bill of Rights* (1689) decorreu da Revolução Gloriosa e levou ao poder político, por meio do Parlamento, os aliados burgueses e os grandes proprietários rurais. Essa nova aristocracia promoveu a Declaração de Direitos para garantir a expansão da agricultura, o desenvolvimento do comércio e a ampliação da mão de obra para as nascentes manufaturas e indústrias (Ibidem, p. 165).

com vocação universalista¹⁵²¹. Foram os direitos transplantados para os territórios coloniais que frutificaram na Revolução Americana, com as Declarações de Direitos dos Estados de Virgínia, Pensilvânia e Maryland (1776)¹⁵²², que recorreram a fórmulas universais¹⁵²³. Por isso, diz-se que os direitos humanos surgiram na América do Norte, por ocasião da defesa da tolerância nas colônias inglesas, de modo que a reivindicação de professar a própria fé por parte dos imigrantes na América, em contraste com a Igreja Anglicana, seria a origem das afirmações de outras liberdades individuais¹⁵²⁴.

Na altura, os direitos positivados estavam ligados aos direitos de defesa, ou seja, aqueles com os quais se buscava abstenções do Estado, como direitos do cidadão. Esses direitos, para Alexy (1993, p. 189), podem dividir-se em três grupos: o primeiro, constituído por direitos a que o Estado não impeça ou crie obstáculos a determinadas ações de seu titular, o segundo, relativo a direitos de que o Estado não afete determinadas propriedades ou situações do titular do direito, e, em terceiro, de que o Estado não elimine certas posições jurídicas do titular do direito. Buscava-se uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do poder¹⁵²⁵.

No contexto de uma atmosfera revolucionária¹⁵²⁶, a Revolução Francesa, baseada no consenso de ideias gerais entre a burguesia, fundadas no liberalismo clássico, originou a mais radical contribuição para a afirmação jurídica dos direitos fundamentais, que foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789¹⁵²⁷, segundo a qual, qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição¹⁵²⁸. Foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que delineou as exigências da burguesia como um manifesto contra a sociedade de privilégios

¹⁵²¹ Pois só consagravam direitos dos ingleses (CABRITA, 2011, p. 122).

¹⁵²² TAIAR, 2010, p. 172-174.

¹⁵²³ ANDRADE, 2010, p. 22-23; CRUZ VILLALÓN, P. Formación y evolución de los derechos fundamentales. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 25, p. 46, jan./abr. 1989.

¹⁵²⁴ JELLINEK, G. *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*. Trad. Damiano Nicilla. Milão: Giuffrè Editore, 2002, p. 77-94.

¹⁵²⁵ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 54.

¹⁵²⁶ O pensamento de Rousseau, na obra “Contrato Social”, tornou-se a bíblia da Revolução Francesa, ao conceber que se todos os homens nascem livres e iguais, o poder político reside em todos eles e só eles podem celebrar o contrato social, aprovar unanimemente a Constituição e criar o Estado (AMARAL, 2012, p. 218).

¹⁵²⁷ A expressão “direitos do homem” foi encontrada nos primórdios da Revolução Francesa (OLIVEIRA, 2010).

¹⁵²⁸ ANDRADE, 2010, p. 23. A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e outros documentos que apareceram estabeleceram uma distinção entre os direitos do homem e os direitos do cidadão. O homem aparecia como um ser existente antes da sociedade, enquanto o cidadão estava sujeito à autoridade do Estado (SZABO, 1982, p. 15).

nobres, embora ainda não caracterizasse um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária¹⁵²⁹.

Na França, surgiu a expressão “direitos fundamentais” no marco do movimento político e cultural que conduziu à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁵³⁰. Porém, na Alemanha, o termo desenvolveu-se com conotação mais específica, para designar direitos básicos do ser humano, quer como indivíduo, quer como pertencente a uma comunidade, que devem ser respeitados e garantidos pelo Estado¹⁵³¹.

A formulação dos direitos nos modelos americano e francês deu-se como produto de circunstâncias específicas de índole econômica, social e política, cujo fundamento ideológico pautava-se pelas teorias contratualistas, com a ideia de constitucionalismo liberal e dos direitos humanos como objeto do contrato e limite do poder¹⁵³². Por isso, as declarações de direitos das revoluções Americana e Francesa são o ponto de chegada de um processo de conscientização filosófica e jurídica da centralidade da pessoa humana na limitação do poder do Estado¹⁵³³. Nos dois casos, não se buscava apenas a alternância dos grupos que estavam no poder, mas a extinção da forma como o poder se constituía¹⁵³⁴.

Na altura, o sistema econômico do capitalismo industrial começava a arrancar, embora só se tenha consolidado na primeira metade do século XIX. Adam Smith, desde 1776, já manifestava a preocupação com as questões do comércio externo, defendendo as vantagens de uma política de comércio livre contra o protecionismo mercantilista¹⁵³⁵. Smith asseverava que o mercado livre assegurava o melhor funcionamento de qualquer economia baseada na iniciativa privada, porque seria guiado por uma mão invisível que promoveria o aumento da

¹⁵²⁹ HOBBSAWN, E. **A Era das Revoluções**: Europa 1789-1848. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981, p. 42.

¹⁵³⁰ *Ibidem*, p. 12. Há quem questione o caráter sexista da expressão. Olympe de Gouges foi precursora da crítica ao defender os direitos da mulher e da cidadã. Ver: Olympe de Gouges (1979).

¹⁵³¹ OLIVEIRA, S. A. M. A Teoria Geracional dos Direitos do Homem. In: **Theoria** - Revista Eletrônica de Filosofia, v. 2, n. 3, p. 11, 2010. Disponível em: <http://www.theoria.com.br/edicao0310/a_teor%C3%ADa_geracional_dos_direitos_do_homem.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2014. Para Andrade (2010, p. 17), os direitos fundamentais podem ser considerados: em uma perspectiva filosófica ou jusnaturalista, enquanto direitos naturais de todos os homens, independentemente dos tempos e dos lugares; em uma perspectiva estadual ou constitucional, enquanto direitos mais importantes das pessoas em um determinado tempo e lugar, ou seja, num Estado concreto ou em uma comunidade de Estados; de uma perspectiva universalista ou internacionalista, como direitos essenciais das pessoas em um certo tempo, em todos os lugares ou, ao menos, em grandes regiões do mundo. Sarlet (2009, p. 30) utiliza as expressões: direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais. Os primeiros, relativos aos direitos naturais, ou ainda não positivados, os segundos como condizentes aos direitos positivados na esfera do direito internacional e os últimos como direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado.

¹⁵³² DE ASÍS ROIG, 2000, p. 24-25.

¹⁵³³ CABRITA 2011, p. 79; PRIETO SANCHIS, L. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Debate, 1990, p. 98.

¹⁵³⁴ MORALES, C. R. A. **Empresas multinacionales y derechos humanos en el contexto de la globalización**: Claves sobre la cuestión. 2014. Dissertação (Máster) - Universidad Carlos III, Madrid, 2014, p. 14.

¹⁵³⁵ AMARAL, 2012, p. 236.

produção, a circulação de bens, a melhoria do comércio de cada país com o exterior e a formação correta dos preços. Assim, captou o dinamismo que o comércio internacional e a Revolução Industrial permitiam antever¹⁵³⁶.

A Revolução Industrial teve como característica a aplicação das descobertas científicas e técnicas à produção de bens e serviços. Com isso, deu-se o predomínio da indústria como o principal setor econômico¹⁵³⁷. Toda a produção de novos bens e prestação de serviços ficou a dever-se, principalmente, a capitais particulares, investidos e aplicados sob a forma de sociedades comerciais exclusivamente privadas ou, no caso da construção e exploração de serviços públicos, mediante concessão estatal¹⁵³⁸. Embora o capitalismo industrial tenha gerado um crescimento econômico inédito até então, seus beneficiários eram proprietários de terras, grandes e médios comerciantes ou industriais, membros do alto funcionalismo público e outros que defendiam o capitalismo liberal, enquanto os trabalhadores sentiam-se desfavorecidos e tratados com injustiça¹⁵³⁹.

A Europa vivenciou, ao longo da primeira metade do século XIX, pela combinação dos efeitos da Restauração e da Revolução Industrial, o que se considera a primeira grande crise dos direitos humanos¹⁵⁴⁰, que se desencadeou diante da estagnação no plano institucional, por conta da resistência a estender os direitos políticos aos trabalhadores e a uma piora substancial em suas condições de vida¹⁵⁴¹. Enquanto pensadores estudavam o capitalismo e seus fenômenos, aos poucos, começaram a surgir os primeiros fundos operários de ajuda mútua, sociedades cooperativas e, apesar da repressão, os primeiros sindicatos. As greves tornaram-se uma forma de luta dos trabalhadores¹⁵⁴².

Na altura, os ideais marxistas sobressaíram-se, observando que a emancipação política não implicava na emancipação humana e que o homem contemplado nos estatutos da Declaração Francesa não era senão o membro da burguesia¹⁵⁴³. Para Marx, o capitalismo não era apenas um sistema econômico, mas um fenômeno político, jurídico, religioso e moral, ou seja, não se tratava apenas de uma infraestrutura, era também a superestrutura correspondente. Segundo ele, o Direito era a expressão da vontade de uma classe e de um tipo de produção

¹⁵³⁶ Ibidem, p. 236.

¹⁵³⁷ Ibidem, p. 349.

¹⁵³⁸ Ibidem, p. 351.

¹⁵³⁹ Ibidem, p. 352.

¹⁵⁴⁰ DAMIÃO DE LIMA, J. **História social dos direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Peirópolis, 2011, p. 88.

¹⁵⁴¹ Ibidem, p. 88.

¹⁵⁴² Ibidem, p. 118.

¹⁵⁴³ Ibidem, p. 118.

econômica e seus valores fundamentais, liberdade e propriedade, eram os valores da burguesia¹⁵⁴⁴.

Por conta do triunfo do liberalismo econômico, o aumento de mercados, a livre concorrência e a queda de barreiras alfandegárias, a luta pela sobrevivência passou a incorporar a relação de trabalho, da qual vieram à tona os movimentos socialistas, com a greve das mulheres operárias em Nova York, em 1857, a comuna de Paris, em 1871, e a greve de 1886 pela jornada de trabalho de oito horas¹⁵⁴⁵. Com a crescente industrialização e proletarização, surgiram os direitos sociais e econômicos¹⁵⁴⁶.

O fundamento centrou-se na percepção de que os homens vinham sendo vergados não apenas pelos detentores do poder político, mas também pelos que o manejavam, os detentores do poder econômico¹⁵⁴⁷. Tornou-se claro que a abstenção estatal não seria suficiente para assegurar a dignidade humana; a exploração do homem pelo homem, a miséria e a desigualdade social campeavam, e imperativos éticos e pragmáticos passaram a impor uma atuação ativa do poder público na arena econômico-social¹⁵⁴⁸. O impacto da industrialização e os graves problemas sociais, as doutrinas socialistas e a noção de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia de seu gozo culminaram no reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado o comportamento ativo na realização da justiça social¹⁵⁴⁹.

Dáí que a gênese dos direitos sociais esteja ligada ao pensamento emergente no século XIX, assim como às condições sociais oriundas da industrialização¹⁵⁵⁰. O Estado, além das funções tradicionais de soberania, não publicou qualquer legislação de proteção do trabalho até meados do último quartel do século XIX, não intervinha no mercado e não proporcionava serviços públicos sociais¹⁵⁵¹. Os fundamentos dos direitos econômicos e sociais consistiam na igualdade e na solidariedade para que todos estivessem em condições semelhantes para desfrutar dos direitos civis e políticos. Tratava-se de satisfazer as necessidades básicas que a

¹⁵⁴⁴ AMARAL, 2012, p. 392. Independentemente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da ideia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade (CANOTILHO, 2003, p. 385).

¹⁵⁴⁵ DAMIÃO DE LIMA, 2011, p. 118.

¹⁵⁴⁶ BRITO, 2014, p. 434.

¹⁵⁴⁷ MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.

¹⁵⁴⁸ SARMENTO, D. Direitos Sociais e Globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 223, p. 95-116, abr.-jun. 2001.

¹⁵⁴⁹ SARLET, 2009, p. 55.

¹⁵⁵⁰ CABRITA, 2011, p. 158.

¹⁵⁵¹ AMARAL, 2012, p. 417.

burguesia satisfazia por conta e que os trabalhadores não conseguiriam satisfazer sem os poderes públicos¹⁵⁵².

O primeiro reconhecimento dos direitos sociais pelo direito positivo deu-se na Constituição da II República Francesa, de 1848. A preocupação com as condições de vida dos trabalhadores e dos pobres refletiu no pensamento socialista e serviu de inspiração à Doutrina Social da Igreja, no final do século XIX¹⁵⁵³. A proclamação da necessidade da intervenção do Estado na economia, pelo Papa Leão XIII, abriu caminho para o Estado Social¹⁵⁵⁴. A *Rerum Novarum* disse o essencial para mudar os termos em que a questão social estava colocada e abriu o caminho ao Estado Social, na base do qual se encontrava o valor fundamental até então ignorado, a dignidade do homem¹⁵⁵⁵.

Nessa linha, a Revolução Mexicana, em 1917, deu origem a uma Constituição de vanguarda, que além de estender direitos civis e políticos a toda a população, incorporou direitos econômicos e sociais, com restrições à propriedade privada. Já apontava para a perspectiva de superação da noção liberal (meramente política e formal) de democracia¹⁵⁵⁶. Na Europa, a consciência de que os direitos humanos têm uma dimensão social afirmou-se após a guerra de 1914-1918¹⁵⁵⁷. Na Alemanha, derrotada a revolução e assinada sua rendição na guerra, uma assembleia de maioria socialdemocrata reuniu-se em Weimar e iniciou a elaboração de uma nova constituição, que seria promulgada em 1919, com o intuito de promover uma tentativa de conciliação das contradições sociais¹⁵⁵⁸. Essa constituição consagrava direitos sociais, além dos direitos individuais clássicos, e reconhecia a função social da propriedade. A principal fonte ideológica foi a Doutrina Social da Igreja, que proclamava que o fim do Estado deveria ser o de prosseguir o bem comum, respeitando a justiça distributiva¹⁵⁵⁹.

Entre as constituições mexicana e de Weimar, eclodiu a Revolução Russa e o III Congresso Pan-Russo dos Soviéticos, de Deputados Operários, Soldados e Camponeses, em 1918, antes do término da Primeira Guerra, tendo sido adotada a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado. Nesse documento, foram levadas às últimas consequências, com apoio da doutrina marxista, várias medidas constantes da constituição mexicana, tanto no

¹⁵⁵² PECES-BARBA, 1995, p. 170.

¹⁵⁵³ CABRITA, 2011, p. 158.

¹⁵⁵⁴ AMARAL, 2012, p. 424.

¹⁵⁵⁵ Ibidem, p. 428.

¹⁵⁵⁶ DAMIÃO DE LIMA, 2011, p. 118.

¹⁵⁵⁷ COMPARATO, F. K. **A Constituição Mexicana de 1917**. S.d. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em: 01 set. 2014.

¹⁵⁵⁸ DAMIÃO DE LIMA, 2011, p. 118.

¹⁵⁵⁹ CABRITA, 2011, p. 162.

campo socioeconômico quanto no político¹⁵⁶⁰. A *Carta del Lavoro*, de 1927, na Itália, também tratou sobre o Estado corporativo e sua organização, o contrato coletivo de trabalho e as garantias do trabalho¹⁵⁶¹.

Desses textos emergiram direitos socioeconômicos que pretendiam assegurar a todos condições materiais de exercício dessas liberdades, a fim de imunizar o indivíduo das investidas dos possuidores de qualquer poder¹⁵⁶². Caracterizavam-se por consagrar direitos do cidadão a ações positivas frente ao Estado, ou seja, direitos às prestações¹⁵⁶³, como saúde, educação e outros, revelando a transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas¹⁵⁶⁴. Porém, o período a seguir a sua positivação foi decepcionante, porque nenhuma das constituições, cujas promessas inseriam o respeito a tais direitos, conseguiu atingi-los. A crença na constituição e na lei supunha que, onde estas estivessem, estariam garantidos os direitos das pessoas frente ao poder público. Na altura, não se concebia, no contexto do dogma da soberania, que qualquer entidade superior pudesse interferir nesses assuntos, porém, foi necessário acrescentar à proteção interna da pessoa humana uma proteção internacional¹⁵⁶⁵.

As consequências desumanas da Primeira Guerra, a crise econômica e social do pós-guerra, o medo do comunismo e a falta de confiança nos partidos compuseram o ambiente para uma nova solução política, que se verificou com o desenvolvimento do nacionalismo patriótico, do Estado forte, conduzido por um Chefe respeitado ou temido, para, em uma economia em crise e dilacerada por greves, atenuar a luta de classes¹⁵⁶⁶. Esse ambiente agravou-se com a crise de 1929-1931 e com a recessão que se seguiu¹⁵⁶⁷; no período, a internacionalização dos direitos fundamentais recebeu um impulso com a Declaração dos Direitos do Homem, de 1930, aprovada pela Sociedade das Nações. Na altura, instituiu-se a Repartição Internacional do Trabalho, formalizada pelo mesmo instrumento que institucionalizou a Sociedade das Nações e que se transformou na atual OIT¹⁵⁶⁸.

Na situação após a Primeira Guerra e com o fracasso da ordem internacional estabelecida pela Sociedade das Nações, duas noções de direitos humanos surgiram: a de direitos individuais e a de proteção das minorias, particularmente nos Estados criados na

¹⁵⁶⁰ COMPARATO, s.d., p. 2.

¹⁵⁶¹ TAIAR, 2010, p. 184.

¹⁵⁶² Ibidem, p. 184-185.

¹⁵⁶³ ALEXYS, 1993, p. 194.

¹⁵⁶⁴ SARLET, 2009, p. 55.

¹⁵⁶⁵ MIRANDA, 2012, p. 293.

¹⁵⁶⁶ AMARAL, 2012, p. 494.

¹⁵⁶⁷ Ibidem, p. 494.

¹⁵⁶⁸ MOCO, M. **Direitos Humanos e seus mecanismos de protecção**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 42.

Europa Central¹⁵⁶⁹. Mas foi a destruição cruel e o ataque a indivíduos e grupos, o desprezo pelo ser humano e a deterioração das relações entre Estado e indivíduos que contribuíram para a elevação dos direitos humanos ao nível internacional¹⁵⁷⁰.

No ambiente de crise do capitalismo e avanço do socialismo e do comunismo, Maritain publicou a obra *O Humanismo Integral*, na qual rejeitava os totalitarismos, considerando a dignidade do homem como o princípio fundamental a respeitar e frutificar no campo religioso, político, jurídico, econômico e social¹⁵⁷¹. Daí nasceu a ideia de uma Declaração Universal dos Direitos do Homem, que significava que homens opostos em suas concepções chegaram a um acordo sobre uma enumeração dos direitos humanos fundamentais e, embora não se tratasse de uma mesma concepção do mundo, significava a afirmação de um conjunto de convicções orientadoras da ação¹⁵⁷².

Durante a Segunda Guerra, ocorreram vários encontros de relevância internacional, desde a aprovação da Carta do Atlântico, a Cimeira de Ialta, até a Conferência de São Francisco, que culminou com a criação da ONU. Na Carta do Atlântico, foram esboçados os direitos humanos que alguns definem como de terceira geração, que embora sejam pouco precisos em sua definição, distinguem-se dos anteriores pela índole coletivista quanto à solidariedade internacional. Sua emergência decorreu da necessidade de salvaguardar a paz e a segurança internacional¹⁵⁷³.

A Segunda Guerra deixara um rastro de destruição e afronta aos valores essenciais do ser humano; o aviltamento à dignidade humana havia chegado a níveis jamais imaginados¹⁵⁷⁴. Caracterizou um momento em que os seres humanos tornaram-se supérfluos e descartáveis, e a lógica foi a da destruição, que cruelmente eliminou o valor da pessoa humana, tornando necessária a reconstrução dos direitos humanos como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável¹⁵⁷⁵.

¹⁵⁶⁹ SZABO, I. Historical Foundations of Human Rights and Subsequent Developments. In: VASAK, K. **The International Dimensions of Human Rights**, v. 1. Paris: Unesco, 1982, p. 21.

¹⁵⁷⁰ Ibidem, p. 21.

¹⁵⁷¹ AMARAL, 2012, p. 636.

¹⁵⁷² Ibidem, p. 633-645. Na crítica às espécies de totalitarismos e na defesa do modelo democrático ocidental, destacaram-se Karl Popper, Hannah Arendt e Raymond Aaron, ao apontar que o totalitarismo não aceita o primado do homem nem a dignidade humana (Ibidem, p. 534).

¹⁵⁷³ MOCO, 2010, p. 42-43.

¹⁵⁷⁴ GUERRA, S. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 88.

¹⁵⁷⁵ PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 131-132.

Ao final da Segunda Guerra¹⁵⁷⁶, os direitos humanos voltaram a ser uma esperança com a aprovação da Carta das Nações Unidas¹⁵⁷⁷, que se destinava a fornecer a base jurídica para uma ação conjunta permanente dos Estados em defesa da paz mundial, e, com a DUDH, em 1948¹⁵⁷⁸. De um lado, criou-se uma sensação de alívio e libertação de um pesadelo, e, de outro, a guerra deixou a Europa Ocidental e a Rússia humana, física e economicamente arruinadas¹⁵⁷⁹. Na altura, a proteção internacional dos direitos humanos foi necessária para estabelecer um Direito comum da humanidade¹⁵⁸⁰.

A compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos mostrou-se, em grande parte, como fruto da dor física e moral da humanidade. A cada grande violência, um recuo dos homens e o remorso por atos de tortura, massacres coletivos e explorações aviltantes que fizeram nascer nas consciências a exigência de novas regras de uma vida mais digna¹⁵⁸¹.

A internacionalização dos direitos humanos foi atribuída aos abusos ocorridos durante o regime nazista e por ocasião da Segunda Guerra, acrescidos da crença de que muito poderia ter sido evitado se, na época, houvesse um sistema internacional para a proteção dos direitos humanos¹⁵⁸². A quebra de paradigma que se produziu com a internacionalização dos direitos humanos foi sentida no direito internacional, de modo a influenciar suas diversas áreas e seus fundamentos, porque permitiu a elevação das normas de direito internacional a um nível superior e a promoção do indivíduo à condição de sujeito de direito internacional¹⁵⁸³. Acima de tudo, permitiu a elevação da condição da sociedade internacional de uma relação de coexistência marcada por obrigações jurídicas e pela busca de interesses individuais para uma comunidade internacional moldada progressivamente pela noção de interesse público e valores fundamentais comuns, regulada juridicamente de forma diversa da até então

¹⁵⁷⁶ O marco para as transformações no reconhecimento internacional dos direitos humanos foi a Segunda Guerra (ISA, 2009, p. 29).

¹⁵⁷⁷ O seu art. 55, alínea c, dispõe que as Nações Unidas favorecerão o respeito universal e efetivo aos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. O art. 56 estabelece que, para a realização dos propósitos do art. 55, todos os Membros se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente (GUERRA, 2015, p. 40).

¹⁵⁷⁸ DAMIÃO DE LIMA, 2011, p. 118. Embora os trabalhos tenham se iniciado em 1946, a redação final foi aprovada na Assembleia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948 (SILVA, 2000, p. 167).

¹⁵⁷⁹ AMARAL, 2012, p. 655.

¹⁵⁸⁰ MIRANDA, 2012, p. 294.

¹⁵⁸¹ Para Comparato (2010, p. 55), há o sincronismo entre as declarações de direitos e as grandes descobertas científicas ou invenções técnicas.

¹⁵⁸² ISA, 2009, p. 29.

¹⁵⁸³ D'Amato (1995-1996, p. 77-78) sustenta que a segunda razão para a revolução dos direitos humanos está ligada aos interesses econômicos, ao crescimento e à liberalização dos mercados. Para o autor, há afinidade entre os objetivos das empresas multinacionais e os dos direitos humanos.

existente¹⁵⁸⁴, com a ruptura do paradigma tradicional do direito internacional público como regulador apenas das relações entre os Estados¹⁵⁸⁵.

Com a criação da ONU e a inserção de novas referências no campo das relações internacionais, entre as quais, padrões que refletem os valores e os princípios partilhados entre os Estados¹⁵⁸⁶ em relação às ideias de justiça e dignidade humana, deu-se o que alguns chamam de “o fenômeno dos direitos humanos”, que não emergiu *ex nihilo*, mas derivou de um passado comum para a humanidade¹⁵⁸⁷.

O primeiro instrumento voltado à proteção internacional dos direitos humanos foi a Carta da ONU, e a partir dela estabeleceram-se os quadros conceituais e jurídicos dessa proteção¹⁵⁸⁸. Com sua aprovação, surgiu o primeiro catálogo internacional de direitos humanos, que continha tanto direitos civis e políticos como direitos econômicos, sociais e culturais, mas que seria completado por outros textos¹⁵⁸⁹. No período de fundação normativa, de 1945 a 1970, a comunidade internacional criou e aprovou importantes tratados internacionais universais e regionais, gerais e específicos, que enriqueceram o conceito de direitos humanos¹⁵⁹⁰.

No plano universal, foram criados o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁵⁹¹, como resposta aos anseios da comunidade internacional de consolidar a proteção dos direitos humanos, que, até então, tinha como documento mais efetivo a DUDH, que, por sua natureza jurídica, não possuía força vinculante¹⁵⁹². Na sequência, produziu-se uma eclosão da atividade

¹⁵⁸⁴ FLOH, 2008, p. 226.

¹⁵⁸⁵ TAIAR, 2010, p. 206.

¹⁵⁸⁶ ICHR, 2003.

¹⁵⁸⁷ VASAK, K. Human Rights: As a Legal Reality. In: VASAK, K. (Ed.). **The International Dimensions of Human Rights**, v. 1. Westport/Paris: Greenwood Press/Unesco, 1982. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0005/000562/056230Eo.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2013, p. XV.

¹⁵⁸⁸ MARTINS, 2012, p. 101.

¹⁵⁸⁹ Ibidem, p. 101.

¹⁵⁹⁰ ORAA, 2000, p. 42. O Papa João XXIII, em duas encíclicas, “Mater et Magistra” e “Pacem in Terris”, destacou as desigualdades, em nível mundial, entre os países mais desenvolvidos e os em vias de desenvolvimento, a intensificação da vida internacional e o problema da paz mundial. Em uma viragem histórica, manifestou-se pela liberdade religiosa, pelo reconhecimento dos Direitos do Homem, assentes na dignidade humana, apoiou a ONU e a DUDH (AMARAL, 2012, p. 695-711).

¹⁵⁹¹ Não obstante tenham sido adotadas outras convenções sobre o estatuto dos refugiados, os direitos políticos da mulher, a eliminação da discriminação racial, a abolição de trabalhos forçados, eliminação da discriminação na educação e outras relativas à convenção suplementar de abolição da escravatura, ao comércio de escravos e instituições práticas similares à escravatura (MARTINS, 2012, p. 103). O PIDCP e o PIDESC, embora tenham sido reconhecidos como entidades separadas, estão profundamente inter-relacionados (ISA, 2009, p. 39).

¹⁵⁹² JUBILUT, L. L. Os pactos internacionais de direitos humanos. In: ALMEIDA, G. A. de. E PERRONE-MOISÉS, C. **Direito internacional dos direitos humanos**: instrumentos básicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 25-39.

convencional internacional na proteção dos direitos humanos que se refletiu em vários tratados setoriais¹⁵⁹³.

A segunda fase do desenvolvimento da proteção internacional dos direitos humanos caracterizou-se pela criação e pela ativação institucional, entre 1970 e 1990, com destaque, no plano regional, para a criação de instituições de proteção dos direitos humanos¹⁵⁹⁴. Nesse período, do ponto de vista econômico e social, muitas mudanças verificaram-se na Europa e no mundo com a era Reagan-Thatcher, que, inspirados no neoliberalismo e em uma posição crítica à justiça social, estabeleceram um ambiente em que os direitos humanos foram preteridos em relação às questões econômicas¹⁵⁹⁵.

A crise econômica mundial da década de 1970, após os dois choques do petróleo e o rompimento do sistema de equilíbrio cambial firmado em Bretton Woods — que definia a configuração do cenário econômico internacional —, encerrou um ciclo da vida econômica mundial e, com ele, a era que se seguiu após a Segunda Guerra¹⁵⁹⁶. A transformação do capitalismo industrial em um capitalismo financeiro, não fiscalizado pelo Estado, a desorientação de socialistas e comunistas e a globalização desregulada¹⁵⁹⁷ delinearam uma nova fase¹⁵⁹⁸. Na esteira da globalização econômica, o neoliberalismo se impôs enquanto ideologia que se pretende dominante, com uma revisão dos valores sociais¹⁵⁹⁹.

Com o fim da Guerra Fria e a queda do muro de Berlim, deu-se a terceira fase do desenvolvimento da proteção dos direitos humanos¹⁶⁰⁰. A dissolução da União Soviética e a substituição de regimes autoritários por regimes democráticos em vários países em desenvolvimento, a partir do final dos anos 1980, acarretaram alterações no debate sobre os direitos humanos¹⁶⁰¹. Para os Estados ocidentais, criou-se a convicção da emergência de uma nova ordem internacional fundada na vitória dos direitos humanos, o que os levou a assumir a missão de estendê-los ao resto do mundo. Nesse contexto, emergiu carregado de polêmicas o debate sobre o relativismo cultural, com a oposição de alguns Estados aos valores ocidentais¹⁶⁰².

¹⁵⁹³ PECES-BARBA, 1995, p. 175.

¹⁵⁹⁴ ORAA, 2000, p. 43-44.

¹⁵⁹⁵ AMARAL, 2012, p. 644.

¹⁵⁹⁶ BUCCI, M. P. D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.

¹⁵⁹⁷ AMARAL, 2012, p. 644.

¹⁵⁹⁸ ORAA, 2000, p. 43-44.

¹⁵⁹⁹ BORDIEU, P. **Contrafogos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 44.

¹⁶⁰⁰ ORAA, 2000, p. 43-44.

¹⁶⁰¹ CABRITA, 2011, p. 184.

¹⁶⁰² *Ibidem*, p. 184. Gramsci afirmava que se a economia explicava a evolução histórica no longo prazo, seria a cultura que permitiria ao sistema capitalista manter o poder, através da hegemonia cultural (AMARAL, 2012, p. 650).

Discussões como o direito à paz, ao meio-ambiente equilibrado, à comunicação, ao desenvolvimento, direitos dos consumidores e outras foram reforçadas, além das relacionadas a grupos mais vulneráveis, como a criança, o idoso e outros¹⁶⁰³, que, embora não se tenham originado em nenhuma revolução, foram suscitados especialmente pela ação dos países do Terceiro Mundo, que, durante a Guerra Fria, conseguiram, por via diplomática, inserir esses direitos na agenda internacional¹⁶⁰⁴. Alguns, como os direitos ao desenvolvimento e ao patrimônio comum da humanidade, passaram a pressupor o dever de colaboração de todos os Estados e a transportar uma dimensão coletiva justificadora do chamado direito dos povos¹⁶⁰⁵.

Foram as transformações jurídico-políticas que determinaram, simultaneamente, uma crise ou a superação do conceito clássico de soberania e o alargamento da noção de subjetividade internacional, estabelecendo um vínculo estreito entre a institucionalização da comunidade internacional e a proteção internacional dos direitos humanos, uma vez que só a existência de instituições e órgãos internacionais com autoridade acatada pelos Estados é que possibilitaria uma garantia efetiva dos direitos humanos em face desses mesmos Estados¹⁶⁰⁶.

A Declaração de Direitos de Viena, de 1993, reiterando o primado da DUDH, reconheceu que a comunidade internacional deve conceber meios para eliminar os obstáculos e superar os desafios à plena realização de todos os direitos humanos, em todo o mundo, enunciando ainda que o direito ao desenvolvimento é universal e inalienável, como parte dos direitos humanos fundamentais¹⁶⁰⁷. O assunto foi debatido por força do desenvolvimento do capitalismo e pela constatação de que, com a globalização, surgiu uma preocupação maior com a liberdade de mercado do que a com a liberdade das pessoas, de modo que a economia converteu-se, para alguns, em critério moral último, apto a preterir a proteção dos direitos humanos¹⁶⁰⁸.

Nesse quadro, alguns passaram a questionar a justiça social como problema político, entre os quais John Rawls, que buscou definir os princípios de uma sociedade democrática justa¹⁶⁰⁹. A principal preocupação voltou-se à criação de mecanismos que não permitissem que os mais favorecidos concentrassem um grau excessivo de riqueza e poder político, nem consentissem que os menos favorecidos fossem colocados ou mantidos em um grau mínimo

¹⁶⁰³ TAIAR, 2010, p. 195.

¹⁶⁰⁴ OLIVEIRA, 2010, p. 19.

¹⁶⁰⁵ CANOTILHO, 2003, p. 386.

¹⁶⁰⁶ MIRANDA, 2012, p. 307.

¹⁶⁰⁷ TAIAR, 2010, p. 199.

¹⁶⁰⁸ PECES-BARBA, 1995, p. 172-173. Sobre a análise econômica do direito (*law and economics*), ver Posner (2001).

¹⁶⁰⁹ AMARAL, 2012, p. 715-732.

de bens materiais e influência política¹⁶¹⁰. Para Peces-Barba (1995, p. 172-173), essa preocupação será a generalização do futuro, de modo que, para tornar o homem livre, será necessário submeter e racionalizar a economia, já que a mão invisível do mercado raramente se presta a promover os direitos humanos.

Na atual etapa, a preocupação com a globalização econômica, acrescida de temas vitais, como a instauração de procedimentos para a responsabilidade penal individual, a proteção das minorias, a intervenção humanitária coletiva e outros, tem suscitado discussões¹⁶¹¹. É inegável que a criação do TPI, com a entrada em vigor do Estatuto de Roma, apontou para um amadurecimento do direito internacional, em um processo de justicialização da matéria¹⁶¹². Desde então, os Estados e as organizações internacionais, em regime de cooperação com as ONGs, são obrigados a criar condições favoráveis para garantir o exercício efetivo dos direitos humanos, eliminando suas violações e suas causas, bem como os obstáculos à realização desses direitos¹⁶¹³.

Entretanto, temas como manipulação genética, biotecnologia, bioengenharia e reflexões sobre a vida e a morte pressupõem grandes debates¹⁶¹⁴. Jamais se pensou que os progressos da ciência e da técnica e o apetite dos interesses econômicos poderiam chegar ao ponto de, na segunda metade do século XX, colocar em perigo a sobrevivência humana¹⁶¹⁵. Assim, os direitos humanos mantêm-se como o tema mais importante da agenda internacional¹⁶¹⁶, em função de seu crescimento e fortalecimento, e também por conta de processos cada vez mais violentos e sofisticados de negação desses direitos¹⁶¹⁷.

¹⁶¹⁰ Ibidem, p. 718. Para Rawls, o contrato social, usado por vários autores para fundamentar o capitalismo, deve servir para fundar um contrato político conducente ao Estado Social que assegure uma sociedade justa para todos (Ibidem, p. 719).

¹⁶¹¹ ORAA, 2000, p. 44.

¹⁶¹² TAIAR, 2010, p. 200.

¹⁶¹³ Ibidem, p. 201.

¹⁶¹⁴ OLIVEIRA, 2010, p. 19.

¹⁶¹⁵ AMARAL, 2012, p. 738. Esses problemas e a necessidade de uma nova ética de responsabilidade coletiva e alargada ao futuro despertaram reflexões de que a responsabilidade ecológica deve tornar-se um dever jurídico para assegurar a continuidade da existência humana. Ver Habermas (2002).

¹⁶¹⁶ Sobre a centralidade dos direitos humanos: Ramos (2016, p. 91).

¹⁶¹⁷ HAUSER, D. La protección internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del desarrollo. In: ANNONI, D. **Os novos conceitos do novo direito internacional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 109.

2 Os fundamentos da proteção dos direitos humanos

Sobre os fundamentos da proteção dos direitos humanos, há várias posições. Entre as principais, segundo Perez Luño (1986, p. 132 e ss.), estão a fundamentação objetivista, que entende existir um conjunto de valores, regras ou princípios de validade absoluta e universal, independentemente da experiência dos indivíduos ou de sua consciência valorativa; a fundamentação subjetivista, que se refere à origem dos valores e reivindica a autonomia humana em sua produção, negando valores autênticos impostos desde fora do ser humano; e a fundamentação intersubjetivista, que surge como alternativa às anteriores, buscando a identificação e a justificação racional dos valores éticos jurídicos, postulando uma objetividade intersubjetiva de tais valores, de acordo com a comunicação dos dados antropológicos que lhes servem de base.

As principais críticas da fundamentação objetivista são de que esta se funda em valores objetivos não submetidos à discussão por sua evidência e pela conexão metafísica com o absoluto, tornando difícil sua aceitação pelos que precisam de uma fundamentação racional¹⁶¹⁸. Quanto à fundamentação subjetivista, a crítica sustentada por autores que defendem o primado da liberdade individual constata uma interpretação econômica dos direitos humanos, na esteira de autores contrários à justificação ética da igualdade material e que defendem um Estado mínimo¹⁶¹⁹. Para Perez Luño (1986, p. 133), há o risco de essas teorias desembocarem em uma concepção individualista e não solidária dos direitos básicos, podendo traduzir-se em instrumentos para a defesa dos interesses de determinadas categorias de cidadãos e não para a defesa de valores de emancipação da sociedade em seu conjunto; no que se refere à fundamentação intersubjetivista, o autor entende que se trata de alternativa e destaca a teoria consensual da verdade, com base na atuação comunicativa enquanto condição epistemológica para chegar a um consenso sobre os valores.

Apesar da inexistência de acordo no nível do discurso contemporâneo sobre a fundamentação dos direitos humanos, discussão que inclusive foi evitada durante a negociação da DUDH, inspirado em diversas filosofias¹⁶²⁰, parte-se de uma fundamentação

¹⁶¹⁸ PEREZ LUÑO, 1986, p. 132.

¹⁶¹⁹ Ibidem, p. 132.

¹⁶²⁰ CABRITA, 2011, p. 45-46.

intersubjetiva, com destaque para a necessidade de estabelecer limites ao poder e o reconhecimento da dignidade do ser humano¹⁶²¹.

2.1 Os direitos humanos como limite ao poder

A partir do desenvolvimento da noção de direitos humanos, identifica-se que foram concebidos como limites ao poder público¹⁶²². Cançado Trindade (2007) afirma que a proteção do ser humano contra todas as formas de dominação ou do poder arbitrário é a essência do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esses direitos emergiram na luta travada contra o absolutismo¹⁶²³ e, na altura, centraram-se no poder político como principal ameaça¹⁶²⁴. A premissa era de que somente haveria equilíbrio entre os direitos fundamentais e o poder político quando os dois estivessem sujeitos a limites¹⁶²⁵. Essa ideia deve-se, entre outras questões, ao conteúdo ideológico que contribuiu em sua formação¹⁶²⁶.

O modelo liberal dos direitos fundamentou-se no jusnaturalismo racionalista e representava a ideia da liberdade como não interferência, ou seja, como criação de um espaço livre por meio do Direito, para o desenvolvimento da autonomia da vontade privada¹⁶²⁷. As liberdades fundamentais surgiram no contexto da luta da burguesia contra o Antigo Regime¹⁶²⁸. Foi a burguesia a principal impulsionadora do processo para estabelecer limites sobre o poder e para determinar os espaços livres de interação entre particulares. Finalmente, como expressão mais visível dos interesses da burguesia, o modelo liberal consolidou a propriedade como direito fundamental¹⁶²⁹.

Também os direitos econômicos, sociais e culturais, que embora reflitam uma filosofia socializante diferente da que animou os redatores das constituições e declarações

¹⁶²¹ Tais fundamentos também se verificam em relação à aplicação dos direitos humanos nas relações particulares.

¹⁶²² MORALES, 2014, p. 17.

¹⁶²³ HAARSCHER, G. **Filosofia dos Direitos do Homem**. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 29.

¹⁶²⁴ MORALES, 2014, p. 17. O processo evolutivo dos direitos humanos baseou-se na própria evolução do pensamento na época, inconformado com o *status quo*. Por isso, a Idade Média, apesar do obscurantismo, foi ao mesmo tempo a incubadora do pensamento modernista que ganhou uma aura esplendorosa com o movimento Renascentista, a partir do qual o humanismo tomou fôlego (MOCO, 2010, p. 35).

¹⁶²⁵ VASAK, 1982, p. 6.

¹⁶²⁶ PECES-BARBA, 1995, p. 199-200.

¹⁶²⁷ Ibidem, p. 200.

¹⁶²⁸ HAARSCHER, 1993, p. 43.

¹⁶²⁹ PECES-BARBA, 1995, p. 201.

revolucionárias, resultaram de um conjunto de lutas¹⁶³⁰. Desse modo, os direitos democráticos correspondem ao nexos entre os direitos liberais e socialistas e supõem a liberdade de participar na criação da regulação e do exercício da liberdade de agir e de criar as condições para que todos possam beneficiar-se da liberdade¹⁶³¹. O modelo socialista de direitos fundamentais pretende incorporar elementos igualitários à liberdade por meio das condições necessárias para que todos possam desfrutar dos direitos de raiz liberal e democrática¹⁶³². Daí se estabeleceram a necessidade de um quadro jurídico para a tutela dos direitos fundamentais e o entendimento de que estes apenas podem tornar-se realidade em um Estado de Direito, ou seja, aquele em que todas as autoridades e indivíduos são limitados por regras gerais e impessoais pré-estabelecidas¹⁶³³.

Em relação aos particulares, porém, até as lutas dos trabalhadores em busca da imposição de limites à jornada de trabalho, aos salários e ao trabalho de menores, e temas de seguridade e assistência social e outros, não havia maiores limites¹⁶³⁴. O fato de existirem hierarquias de poder entre os indivíduos, com agentes privados com condições de superar os poderes públicos, não foi suficiente para estruturar uma proteção, de modo que, na divisão entre Estado e sociedade civil, coube ao primeiro a responsabilidade de garantir os direitos fundamentais¹⁶³⁵.

Com a internacionalização dos direitos humanos e a construção de um ramo destinado a sua proteção, transpôs-se e adaptou-se ao direito internacional uma evolução que no direito interno já se havia estabelecido¹⁶³⁶. O direito internacional abandonou a fase clássica como o direito da paz e da guerra para passar à era moderna como o direito internacional da cooperação e da solidariedade¹⁶³⁷. Com a resignificação do conceito de soberania¹⁶³⁸, o Estado passou a consentir o controle da comunidade internacional sobre direitos humanos, o que se acentuou com a noção da *Responsibility to Protect* no seio da ONU. Todavia, o desafio permanece em relação à capacidade de responder às ameaças e aos abusos de direitos humanos pelos detentores do poder econômico, como os investidores estrangeiros.

¹⁶³⁰ HAARSCHER, 1993, p. 47.

¹⁶³¹ PECES-BARBA, 1995, p. 202.

¹⁶³² Ibidem, p. 203.

¹⁶³³ VASAK, 1982, p. 6.

¹⁶³⁴ MORALES, 2014, p. 20.

¹⁶³⁵ Ibidem, p. 17.

¹⁶³⁶ PEREIRA, A. G.; QUADROS, F. **Manual de Direito Internacional Público**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 661.

¹⁶³⁷ Ibidem, p. 661.

¹⁶³⁸ PIOVESAN, F. Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil. In: **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, ano 8, v. 15, p. 93-110, 2000.

Nye (2012, p. 15) assevera que o poder sempre esteve a depender do contexto e que este século está a assistir a duas grandes alterações: uma transição de poder entre Estados e uma difusão de poder que se afasta dos Estados para os intervenientes não estatais, no qual se vislumbra o reino das relações transnacionais. Nesse contexto, os investidores estrangeiros operam com um acúmulo de poder que se expande além do econômico e que se evidencia também nos âmbitos político, cultural e jurídico¹⁶³⁹. As multinacionais situam-se no centro das grandes cadeias globais de produção, o que lhes dá vantagens que superam, por vezes, a capacidade dos próprios Estados¹⁶⁴⁰. Naturalmente, o privilégio econômico é traduzido em um poder político crescente, e, assim, as multinacionais beneficiam-se das democracias de baixa intensidade de muitos países em desenvolvimento, em que as decisões tomam-se frequentemente em níveis supraestatais, sem participação democrática¹⁶⁴¹. Além disso, exercem poder cultural, com um papel fundamental na reprodução simbólica do sistema, convertendo-se em sujeitos ativos em defesa de uma civilização individualista, consumista, fragmentada e despolitizada¹⁶⁴². E, como garantia de manutenção dessa rede de poder, acumulam um poder jurídico esmagador por intermédio da *lex mercatoria* (forte, baseada em um emaranhado de tratados, acordos de investimento e outros), que se impõe sobre a soberania e sobre a estrutura dos direitos humanos, gerando a arquitetura da impunidade que lhes protege e blinda juridicamente¹⁶⁴³.

Nesse ponto reside um dos aspectos do problema que se pretende solucionar: se historicamente os direitos humanos foram vergados pelos detentores do poder político, para os quais se estabeleceu um regime jurídico voltado à apuração das responsabilidades correspondentes, resta verificar de que forma os detentores do poder econômico, em especial os investidores estrangeiros, poderão ser vinculados aos direitos humanos no âmbito de relações cada vez mais globalizadas.

2.2 A proteção da dignidade humana

¹⁶³⁹ ZÁRATE, G. F. O. de. Alternativas para disputar el poder, el ser y el saber a las transnacionales. In: **Revista Pueblos**, n. 66, 2015, p. 1.

¹⁶⁴⁰ Ibidem, p. 1.

¹⁶⁴¹ Ibidem, p. 1.

¹⁶⁴² Ibidem, p. 1.

¹⁶⁴³ Ibidem, p. 1.

Além da luta contra o arbítrio, os direitos humanos servem a fins mais amplos¹⁶⁴⁴. Desde o preâmbulo da DUDH, constata-se o “reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana” e, no art. 1º, que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”. Embora o texto da declaração não defina o sentido da liberdade e igual dignidade, prescreve um sistema de direitos universais e inalienáveis¹⁶⁴⁵, buscando ancorar na dignidade humana o fundamento da comunidade estatal¹⁶⁴⁶. Isso se dá ainda no preâmbulo do PIDCP, em que se afirma que os direitos nele contidos “derivam da dignidade inerente à pessoa humana”, e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de que “o reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

A Declaração de Viena também traz em seu preâmbulo o reconhecimento e a afirmação de “que todos os Direitos Humanos decorrem da dignidade e do valor inerentes à pessoa humana, que a pessoa humana é o sujeito central dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, e que, conseqüentemente, deve ser o seu principal beneficiário e participar ativamente na realização desses direitos e liberdades”¹⁶⁴⁷. Por isso, alguns sustentam que a dignidade humana caracteriza o conceito fundacional do regime global dos direitos humanos, como a pedra angular sobre a qual a ONU tem procurado reconstruir a futura ordem internacional da humanidade e a vida pública em geral¹⁶⁴⁸.

John Stuart Mill (apud FØLLESDAL, 2011) afirmava que um princípio mínimo de legitimidade consistia no respeito pelos interesses vitais, o que requer que a estrutura institucional não imponha ameaças evitáveis aos interesses vitais de qualquer das pessoas que a mantêm. Esses interesses incluem necessidades básicas de subsistência física e mental para a sobrevivência e integridade da pessoa. Føllesdal (2011, p. 13) identifica três características que podem ser extraídas desse princípio, em primeiro, que embora o conteúdo dos interesses vitais seja vago, traduz-se por certos recursos básicos à vida, à saúde, à integridade física, aos

¹⁶⁴⁴ HAARSCHER, 1993, p. 43.

¹⁶⁴⁵ CABRITA, 2011, p. 46.

¹⁶⁴⁶ HABERLE, P. A dignidade da pessoa humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, I. W. (Org.). **Dimensões da dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 89 e ss; Para alguns, as disposições preambulares são peças retóricas sem rigor filosófico (WALDRON, 2013). Também MCCRUDDEN, C. Human Dignity in Human Rights Interpretation. In: **European Journal of International Law**, v. 19, p. 655-724, 2008.

¹⁶⁴⁷ Preâmbulo da Declaração e Programa de Ação de Viena, parágrafo 2º.

¹⁶⁴⁸ DONNELLY, J. Human Dignity and Human Rights. In: **Swiss Initiative to Commemorate the 60th Anniversary of the UDHR Protecting Dignity: An Agenda for Human Rights**. Denver: University of Denver, 2009, p. 1.

sentidos, às emoções e à razão prática. Portanto, estabelece não apenas condições procedimentais, mas exigências substanciais de respeito a um conteúdo comum. Em segundo, esse princípio sobrepõe-se à maioria das normas para a regulamentação geral das instituições em caso de conflito¹⁶⁴⁹. Em terceiro, o âmbito de aplicação do princípio é limitado, referindo-se à exigência de que se respeitem os interesses vitais dos outros, de modo que as ações de um membro da sociedade não imponham ameaças aos interesses vitais dos demais. E, finalmente, sobre o alcance do princípio, Føllesdal (2011, p. 15) destaca sua aplicação às estruturas institucionais em geral.

Trata-se do que no pensamento kantiano significa o reconhecimento do homem enquanto fim em si mesmo, e não simplesmente como um meio¹⁶⁵⁰. Por isso, Kant (2004, p. 58) afirmava que todo e qualquer homem tem dignidade, ao contrário das coisas, que têm preço. A humanidade, como espécie, e cada ser humano, em sua individualidade, não têm equivalente e são, por isso, insubstituíveis¹⁶⁵¹. Com essa fórmula, a dignidade humana estabelece a cada homem o direito ao respeito¹⁶⁵².

A história vivenciada pela humanidade durante os regimes totalitários¹⁶⁵³, pautada pela destruição e pela “descartabilidade” humana, destacou o valor do ser humano e a necessidade de reconstrução dos direitos humanos como paradigma ético. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana. Nesse quadro, tornou-se necessária a elevação do princípio da dignidade humana à condição de fundamento dos direitos fundamentais¹⁶⁵⁴.

Para Sarlet (2011, p. 60), a dignidade é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a garantir-lhe as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão

¹⁶⁴⁹ FØLLESDAL, A. Human Rights Investment Filters: a defense. In: FØLLESDAL, A. et. al. **Human Rights, Corporate Complicity and Disinvestment**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 132-155, p. 14.

¹⁶⁵⁰ KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 58.

¹⁶⁵¹ COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

¹⁶⁵² MEIRELLES, J. M. L. de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 154.

¹⁶⁵³ Ver: ARENDT, H. **Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. 3. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

¹⁶⁵⁴ GUERRA, B. P. de L. R. **Direito internacional dos direitos humanos: a nova mentalidade emergente pós-1945**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 96.

com os demais seres humanos. Para Ferrajoli (2002, p. 338), essa é a referência estrutural para o constitucionalismo ao redor do mundo, a emprestar-lhe fundamento de validade, seja qual for o ordenamento, não apenas dentro, mas fora e contra todos os Estados. Por isso, as constituições depois da Segunda Guerra passaram a dispor sobre a disciplina de direitos fundamentais e valores que deveriam nortear a atuação dos Estados e a proteção dos indivíduos¹⁶⁵⁵. Tanto em nível interno quanto internacional, o receio de que atrocidades voltassem a ser cometidas resultou em uma sistemática de proteção constitucional e internacional fundada na dignidade humana¹⁶⁵⁶.

Da referência à dignidade humana como justificação última dos direitos humanos podem-se deduzir consequências no nível da estruturação social: em primeiro, que a pessoa humana é o fundamento e o fim do Estado e da sociedade; em segundo, pressupõe o respeito por parte do Estado e da sociedade de uma margem de autonomia e liberdade pessoal em relação a cada ser humano concreto e individual; em terceiro, o respeito pela dignidade humana coloca ênfase na ideia de que o poder político só é legítimo se tiver o consentimento dos governados; ainda, envolve que cada ser humano tenha meios que lhe permitam uma existência condigna¹⁶⁵⁷. Onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas¹⁶⁵⁸, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e assegurados não haverá espaço para a dignidade, e a pessoa humana não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças¹⁶⁵⁹.

Nessa perspectiva, o direito internacional dos direitos humanos corresponde a um “mínimo ético universal”¹⁶⁶⁰, ou seja, os direitos humanos encontram sua fonte ética na dignidade humana, que serve como critério interpretativo e integrativo do sistema¹⁶⁶¹. Por isso, a ordem internacional reclama como valor fundamental a universalidade dos direitos do

¹⁶⁵⁵ TAIAR, 2010, p. 243.

¹⁶⁵⁶ GUERRA, 2007, p. 90.

¹⁶⁵⁷ CABRITA, 2011, pp. 50-55.

¹⁶⁵⁸ Para Donnelly (2009, p. 83), os direitos humanos refletem a especificação de condições mínimas para uma vida digna no mundo contemporâneo e devem ser objeto de respeito, proteção e garantia pelo Estado e pela sociedade. Para Clapham (2006), a dignidade humana abrange pelo menos: a proibição de todos os tipos de tratamentos desumanos, humilhantes ou degradantes por uma pessoa sobre outra; a garantia da possibilidade de escolha individual e as condições para a autorrealização de cada indivíduo; o reconhecimento de que a proteção da identidade do grupo e da cultura pode ser essencial para a proteção da dignidade pessoal; a criação das condições para que cada indivíduo tenha suas necessidades essenciais satisfeitas.

¹⁶⁵⁹ SARLET, I. W. (Org.). **Dimensões da dignidade** – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 35.

¹⁶⁶⁰ MIRANDA, 2012, p. 314.

¹⁶⁶¹ CABRITA, 2011, p. 50.

ser humano, afirmando a existência de deveres correspectivos de proteção por parte dos Estados e da comunidade internacional globalmente considerada¹⁶⁶².

Trata-se de compreender os direitos humanos como fruto de reflexões filosóficas e lutas políticas que implicam um projeto político. Para Lochak (2002), trata-se de um sistema de ideias, de valores, para certa concepção de humanidade, de sociedade, de poder. A ética dos direitos humanos é a ética que vê no outro um ser digno de igual consideração e respeito, dotado do direito desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena¹⁶⁶³. A dimensão jurídica dos direitos humanos é uma consequência do projeto que representa para a humanidade, baseado em princípios intangíveis, um ideal comum para todos¹⁶⁶⁴, como um contrapoder em face dos absolutismos que advenham do Estado, do setor privado ou da esfera doméstica¹⁶⁶⁵.

Novaes (2016, p. 95) salienta que a dignidade humana vincula diretamente poderes públicos e entidades privadas, pois, enquanto princípio jurídico basilar, é de aplicação geral, direta e imediata em quaisquer circunstâncias, em quaisquer domínios e ramos do Direito. Mesmo porque, situações de desumanização, coisificação, instrumentalização de outras pessoas ou supressão da capacidade de autodeterminação atual ou futura do próprio extravasam da esfera pessoal e traduzem-se em uma degradação inadmissível da imagem da própria pessoa humana na esfera social que exige a intervenção do Direito.

3 O alcance da proteção internacional dos direitos humanos

A necessidade de dar proteção e efetividade aos direitos humanos fez surgir em nível internacional um regime específico para a tutela desses direitos, o direito internacional dos direitos humanos¹⁶⁶⁶, cujo objeto consiste no estudo do conjunto de regras jurídicas internacionais (convencionais ou consuetudinárias) que reconhecem aos indivíduos, sem discriminação, direitos e liberdades fundamentais que asseguram a dignidade humana e consagram as respectivas garantias desses direitos¹⁶⁶⁷. Insere-se no movimento de internacionalização do indivíduo, que parte da dignidade humana e que coloca em causa um

¹⁶⁶² MIRANDA, 2012, p. 276.

¹⁶⁶³ PIOVESAN, 2015, p. 46.

¹⁶⁶⁴ DAUGAREILH, I. Droits de l'homme et acteurs économiques. In: MAUREL, O. (Ed.). **La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme**, v. 1 – Nouveaux enjeux, nouveaux rôles. Paris: La Documentation française, 2009. p. 85-124, p. 86.

¹⁶⁶⁵ FERRAJOLI, L. **Diritti fondamentali: un dibattito teorico**. Roma: Laterza, 2002, p. 338.

¹⁶⁶⁶ TAIAR, 2010, p. 208.

¹⁶⁶⁷ SUDRE, F. **Droit international et européen des droits de l'homme**. 7. ed. Paris, 2005, p. 14.

dos dogmas do direito internacional: o carácter de direito de cooperação entre Estados soberanos que não conhece legislador, nem juiz, nem sanção fora do consentimento estatal¹⁶⁶⁸.

A proteção do indivíduo, que até a Segunda Guerra era confiada ao Estado, por força da competência nacional exclusiva, passou a ser equacionada pelo direito internacional¹⁶⁶⁹. Como consequência, a visão clássica do direito internacional modificou-se, pois era concebida para um sistema legal que regulava exclusivamente as relações entre Estados e no qual somente estes eram sujeitos, capazes de direitos e obrigações¹⁶⁷⁰. Os direitos humanos contribuíram para mudar a comunidade mundial de um conjunto de relações baseadas na reciprocidade, voltadas ao autointeresse e cegas às necessidades coletivas, a uma comunidade articulada em um núcleo de valores fundamentais, reforçada pela emergência de obrigações comunitárias, direitos da comunidade e uma modelagem gradual dos interesses públicos¹⁶⁷¹. Essa concepção produziu um efeito cascata, e os direitos humanos passaram a permear todas as áreas da atividade humana, como um novo *ethos* para o nosso tempo¹⁶⁷².

Com a afirmação dos direitos humanos, ao clássico princípio de soberania juntou-se outro princípio constitucional da ordem internacional, o da vinculação do Estado aos direitos humanos¹⁶⁷³. Tal vinculação enseja uma obrigação jurídica transnacional, que pode surgir tanto com a ratificação de uma convenção sobre direitos humanos — na qual o Estado aceita formalmente o dever jurídico decorrente das obrigações que dela advêm¹⁶⁷⁴, caso em que se está geralmente diante de uma obrigação contraída a partir de um tratado multilateral de carácter geral normativo¹⁶⁷⁵ — quanto em função de princípios consuetudinários.

Quanto às obrigações convencionais, tem sido sustentado seu carácter objetivo e, uma vez contraídas, o Estado não pode mais invocar a soberania como elemento de interpretação dos tratados de que se tornou parte. Por força do art. 27 da Convenção de Viena, a nenhum

¹⁶⁶⁸ MARTINS, 2012, p. 28.

¹⁶⁶⁹ Ibidem, p. 28. A via da proteção diplomática vai sendo cada vez mais abandonada à medida que se pretende tornar mais eficaz o direito internacional dos direitos humanos, acima de tudo porque se revela inoperante na defesa do indivíduo contra o próprio Estado a que pertence e que constitui seu principal adversário potencial (PEREIRA; QUADROS, 2002, p. 392).

¹⁶⁷⁰ ISA, 2009, p. 22.

¹⁶⁷¹ CASSESE, 2005, p. 396.

¹⁶⁷² TRINDADE, A. A. C. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 21.

¹⁶⁷³ SALCEDO, 2000, p. 20.

¹⁶⁷⁴ ROBINSON, M. Preface. In: International Council on Human Rights Policy. ICHR - INTERNATIONAL COUNCIL OF HUMAN RIGHTS (Ed.). **Duties sans Frontières: Human rights and global social justice**. Genebra, 2003.

¹⁶⁷⁵ Nos tratados multilaterais gerais há uma tendencial coincidência com a totalidade dos Estados com acesso à comunidade internacional, sendo neles que se manifesta de modo mais acentuado o carácter normativo (MIRANDA, 2012, p. 60-61).

Estado é dado invocar dificuldade de ordem constitucional ou interna para tentar justificar o não cumprimento de suas obrigações convencionais¹⁶⁷⁶. As convenções prescrevem obrigações cujo caráter enfatiza a predominância de considerações de ordem pública internacional, que transcendem os interesses dos Estados como partes contratantes¹⁶⁷⁷, distinguindo-se dos tratados de tipo clássico¹⁶⁷⁸.

No que se refere aos princípios consuetudinários, aos quais corresponde à universalidade dos direitos humanos¹⁶⁷⁹, implica em uma dimensão procedimental, atinente à instauração de um sistema internacional, capaz de assegurar a proteção desses direitos, e uma dimensão material, relativa à aplicação dos direitos humanos sempre, em toda parte, para todos os homens, plenamente¹⁶⁸⁰. Assim, além da dimensão obrigacional do direito convencional, a proteção dos direitos humanos caracteriza um princípio do direito internacional geral¹⁶⁸¹. Daí porque ao referir-se às normas de direitos humanos, estar-se-á referindo a obrigações de natureza *erga omnes* que, enquanto valor transnacional fundamental, exigem correspectivos deveres de proteção, sendo que algumas normas nesse domínio são reconhecidas como de *jus cogens*¹⁶⁸², normas jurídicas superiores à vontade dos Estados¹⁶⁸³ que reconhecem os interesses da comunidade internacional, ou seja, de toda a humanidade¹⁶⁸⁴.

O TIJ, em várias ocasiões (nomeadamente no caso de Corfu, em 1949, no das reservas da Convenção contra o Genocídio, em 1950, no Barcelona Traction, em 1970, no Teerã, em 1980, no Nicarágua, em 1986, e da ilicitude da ameaça de emprego de armas nucleares, em 1996¹⁶⁸⁵), assinalou que, entre as normas de direitos humanos, algumas podem ser

¹⁶⁷⁶ TRINDADE, A. A. C. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, v. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 29.

¹⁶⁷⁷ Ibidem, p. 29-30.

¹⁶⁷⁸ Ibidem, p. 32.

¹⁶⁷⁹ Há quem negue a universalidade por entender ser uma projeção do poder assimilador do Ocidente. ŽIŽEK, S. The Obscenity of Human Rights. **Libcom.org**, 23 nov. 2006. Disponível em: <<http://libcom.org/library/the-obscenity-of-human-rights-violence-as-symptom>>. Acesso em: 23 abr. 2012.

¹⁶⁸⁰ KAKOURIS apud RUIZ, F. R. **Derechos Humanos y Acción Unilateral de los Estados**. Burgos: Universidad de Burgos, 2000, p. 48.

¹⁶⁸¹ O TIJ, ao manifestar-se sobre a validade de certas reservas à Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio, entendeu que a referida convenção “contém princípios reconhecidos pelas nações civilizadas, obrigatórios para todos os Estados a margem inclusive de todo vínculo convencional.” (RUIZ, 2000, p. 48).

¹⁶⁸² MACHADO, 2006, p. 365. Destaca-se a existência de doutrina que considera que os direitos humanos se identificam com as normas de *jus cogens*. Ver: DURAN, C. V. apud RUIZ, 2000, p. 48; BAPTISTA, E. C. **Jus Cogens em Direito Internacional**. Lisboa: Lex, 1997, p. 413.

¹⁶⁸³ RAIGÓN, 1999, p. 11.

¹⁶⁸⁴ SALCEDO, 1976, p. 258.

¹⁶⁸⁵ LLORET, 1998, p. 27.

qualificadas como elementos da ordem pública internacional¹⁶⁸⁶, o que se constata também pelo número elevado de Estados que ratificaram os instrumentos para sua proteção¹⁶⁸⁷. Assim, a proteção da pessoa humana reclama uma leitura própria¹⁶⁸⁸, na qual a tensão aparente entre soberania e direitos humanos pode ser resolvida da seguinte forma: por serem soberanos, os Estados têm obrigações de direitos humanos em respeito à comunidade internacional¹⁶⁸⁹.

Com isso, alguns traços autonomizam o direito internacional dos direitos humanos: o afastamento do princípio da reciprocidade, a superação da competência nacional exclusiva sobre direitos humanos, uma alteração no princípio da não ingerência nos assuntos internos dos Estados por parte das organizações internacionais, a emergência do princípio da irreversibilidade dos compromissos dos Estados em relação aos direitos humanos, um consenso que inclui alguns direitos na categoria de *jus cogens* e a progressiva afirmação da perspectiva universalista do direito internacional dos direitos humanos¹⁶⁹⁰. Trata-se de um sistema em que os instrumentos de proteção dos direitos dos indivíduos consideram o reconhecimento, em termos planetários, da dignidade humana¹⁶⁹¹. Com isso, são estabelecidas as medidas de contenção de abusos, praticados frequentemente pelos próprios Estados¹⁶⁹².

3.1 A estrutura dos direitos humanos

Com a consolidação do regime de proteção dos direitos humanos, sobressai a necessidade de identificar a estrutura desses direitos, porque cada um constitui um *standard* normativo¹⁶⁹³ e implica uma relação de direito público entre seres humanos e autoridades públicas, para prosseguir os valores fundamentais e protegê-los¹⁶⁹⁴. Na estrutura clássica,

¹⁶⁸⁶ Sobre os direitos humanos e o conceito de *jus cogens*, há quem defenda que nos principais tratados de direitos humanos há quatro direitos inderrogáveis: o direito à vida, o de não sofrer tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, a proibição da escravidão e a irretroatividade da lei penal (ORAA, J. apud LLORET, 1998, p. 27).

¹⁶⁸⁷ MACHADO, 2006, p. 364.

¹⁶⁸⁸ MARTINS, 2012, p. 83.

¹⁶⁸⁹ SALCEDO, 2000, p. 23. Outras reflexões sobre a soberania na pós-modernidade em Mills (1998).

¹⁶⁹⁰ MARTINS, 2012, p. 88-95.

¹⁶⁹¹ GUERRA, 2015, p. 109.

¹⁶⁹² Ibidem, p. 109.

¹⁶⁹³ Ressalte-se que a Resolução nº 32/130 da Assembleia Geral da ONU estabelece que todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertençam, inter-relacionam-se e são interdependentes. Também a Declaração de Direitos Humanos de Viena afirma, em seu §5º, que “os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados”.

¹⁶⁹⁴ Embora a concepção clássica de direitos humanos exclua a relação horizontal entre entidades privadas, atualmente certos aspectos dessa relação tendem a ser integrados (MARTINS, 2012, p. 84).

existem três elementos: um sujeito ativo, o beneficiário; um sujeito passivo, sobre o qual recai a obrigação; e um objeto ou conteúdo¹⁶⁹⁵.

Quanto aos beneficiários das obrigações assumidas em função das convenções de direitos humanos, pode-se afirmar que, diretamente, serão o indivíduo, um grupo de indivíduos ou uma organização não governamental¹⁶⁹⁶, não obstante, deva-se reconhecer, em função do caráter *erga omnes* das obrigações, que, indiretamente, toda a comunidade internacional será beneficiada com seu cumprimento.

Tendo em vista que os deveres decorrentes das obrigações de direitos humanos caracterizam um objeto, ou seja, um conteúdo preciso e realizável, significa que devem poder opor-se a uma determinada entidade que estará obrigada a respeitá-lo. O obrigado será, normalmente, o Estado, que tem o dever de efetivar o que demandam tais obrigações, a fim de criar as condições necessárias para sua realização¹⁶⁹⁷, impondo o respeito, a proteção e a garantia dos direitos humanos dos que se encontrem sob sua jurisdição.

Estudos recentes têm procurado demonstrar o alargamento dos obrigados pelos direitos humanos para abranger também atores privados¹⁶⁹⁸, especialmente as empresas transnacionais¹⁶⁹⁹, e os indivíduos, os quais podem ser alcançados pela responsabilidade penal internacional decorrente da prática de crimes graves¹⁷⁰⁰. Há posições no sentido de que as obrigações de direitos humanos devem abranger as organizações internacionais em função de sua crescente atuação em aspectos de governação global, pelo desempenho de tarefas executivas, legislativas e judiciais que podem conduzir a violações¹⁷⁰¹.

Na medida em que as normas de direitos humanos compreendem obrigações *erga omnes*, deve-se ainda analisar o objeto, ou seja, os deveres que decorrem dessas obrigações, que podem assumir tanto a natureza de obrigação negativa, ao exigir uma abstenção estatal, quanto positiva, quando determinam uma atuação do Estado, e, de modo geral, podem ser sintetizadas nas seguintes expressões: obrigação de respeitar, garantir e proteger os direitos humanos¹⁷⁰².

¹⁶⁹⁵ Ibidem, p. 84.

¹⁶⁹⁶ Ibidem, p. 84.

¹⁶⁹⁷ Ibidem, p. 84.

¹⁶⁹⁸ ICHR, 2003, p. 22.

¹⁶⁹⁹ MACHADO, 2006, p. 290-291.

¹⁷⁰⁰ BARBOZA, J. International Criminal Law. In: **Recueil de Cours**, v. 278, p. 9-200, 1999.

¹⁷⁰¹ VYLDER, J. de. The Responsibility of International Organisations. In: BARDOU, A. R. **European master's degree in human rights and democratisation**: awarded theses of the Academic year 2003-2004. Veneza: Marsilio, 2005, p. 221.

¹⁷⁰² Tipologia avançada por Asbjorn Eide, relator especial da ONU, sobre o direito à alimentação em fins da década de 1980. Embora tenha sido concebida para direitos econômicos, sociais e culturais, foi adotada para descrever a natureza das obrigações de direitos humanos (PACKER, 2002, p. 50). Ver Eide (1989, p. 37).

A obrigação de “respeitar” (*to respect*) encontra-se geralmente conexa à ideia de “fazer respeitá-los” (*to ensure*)¹⁷⁰³. Essa fórmula é encontrada no direito internacional humanitário¹⁷⁰⁴ referindo-se, primeiramente, à obrigação de abstenção do Estado, a partir da qual intervenções injustificadas são consideradas violações dos direitos humanos¹⁷⁰⁵. Em segundo, refere-se à obrigação de “fazer respeitar” ou assegurar o respeito aos direitos humanos, a partir da qual se requerem atividades específicas dos Estados de modo a capacitar os indivíduos a gozarem de seus direitos¹⁷⁰⁶. Isso poderá implicar, para o Estado, na eliminação ou remoção de todos os obstáculos, governamentais ou não, ao gozo de tais direitos, assim como na adoção de leis e/ou outras medidas contra eventuais interferências¹⁷⁰⁷.

Já quanto à obrigação de “garantir”, há quem trate esse dever como categoria decorrente do dever de “fazer respeitar” (*to ensure*), assim entendendo também em relação à ideia de “prevenir”¹⁷⁰⁸. Porém, esses conceitos podem ser inseridos no conteúdo da obrigação de “garantir” diante de seu amplo alcance¹⁷⁰⁹. Impõe-se ao Estado a adoção de medidas legislativas, administrativas, judiciais e práticas necessárias para assegurar que os direitos humanos serão implantados ao máximo possível¹⁷¹⁰.

Por fim, sobre a obrigação de “proteger”, há a exigência de uma ação estatal positiva diferente da obrigação de “garantir”, já que visa evitar violações de direitos humanos por pessoas privadas¹⁷¹¹, o que traz à tona a questão da vinculação dessas pessoas aos direitos humanos decorrentes da proteção *erga omnes* conferida a tais direitos¹⁷¹². Por essa obrigação, além do dever de respeitar e de criar as condições necessárias para a realização dos direitos humanos, os Estados têm ainda o dever de protegê-los contra ameaças, inclusive resultantes da atuação de particulares¹⁷¹³.

Os limites das obrigações não são pacíficos. Por exemplo, em relação à obrigação de proteger, há quem entenda que não é toda e qualquer ameaça ou violação cometida por um

¹⁷⁰³ Essas expressões são encontradas no art. 2º (1) do PIDCP e no art. 2º (1) da Convenção sobre os Direitos da Criança, assim como em outros Pactos de vocação universal que fazem referência a diferentes categorias de direitos e, portanto, indiretamente o fazem também sobre a fórmula em questão — caso do art. 5º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1956, arts. 7º-16 da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher de 1979 – e, no plano regional, na CEDH de 1950, na CADH de 1969 e, mais recentemente, na CADHP de 1986 (TRINDADE, 2003, p. 365).

¹⁷⁰⁴ Ibidem, p. 356 e ss.

¹⁷⁰⁵ NOWAK, M. **Introduction to the International Human Rights Regime**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 49.

¹⁷⁰⁶ Comentário Geral 3/13”, In: U.N. Report of the Human Rights Committee apud TRINDADE, 1997, p. 364.

¹⁷⁰⁷ TRINDADE, 1997, p. 364.

¹⁷⁰⁸ NOWAK, 2003, p. 49.

¹⁷⁰⁹ TRINDADE, 1997, p. 366.

¹⁷¹⁰ NOWAK, 2003, p. 49.

¹⁷¹¹ Ibidem, p. 50.

¹⁷¹² TRINDADE, 2003, p. 371.

¹⁷¹³ ANDRADE, 2010, p. 241.

particular contra outro que enseja a responsabilização do Estado, mas apenas as que as autoridades sabiam ou deveriam saber no momento da existência de um risco real e imediato¹⁷¹⁴. Ainda sobre os limites das obrigações do Estado em direitos humanos, a doutrina da “margem de apreciação” dispõe que cada Estado terá melhores condições de determinar como dará cumprimento aos deveres decorrentes dessas obrigações¹⁷¹⁵.

3.2 O sistema internacional de proteção dos direitos humanos

A introdução dos *standards* dos direitos humanos no direito internacional operou uma transformação na matéria; desenvolveu-se um direito internacional individualmente referenciado¹⁷¹⁶. O direito internacional clássico, que considerava o indivíduo como estranho a seu processo dialético-normativo, passou a desenvolver-se sobre as bases de uma teoria jurídico-contratual internacional da justiça, com o objetivo de alicerçar uma nova dimensão de vinculatividade na proteção dos direitos do homem¹⁷¹⁷.

O sistema de proteção dos direitos humanos baseia-se em uma multiplicidade de fontes que incluem o direito costumeiro, o direito convencional e as decisões da própria ONU, sendo que a maior parte das convenções universais foi adotada no seio dessa organização, precedidas muitas vezes de decisões de seus órgãos, nomeadamente, resoluções da Assembleia Geral¹⁷¹⁸. Além da multiplicidade de fontes, desde a Segunda Guerra, assistiu-se a uma multiplicação de mecanismos para sua proteção¹⁷¹⁹. Atualmente, o sistema dos direitos humanos é composto por níveis diferenciados de proteção¹⁷²⁰: o sistema global (ONU) e os sistemas regionais (europeu, interamericano e africano). Essa distribuição visa fortalecer os direitos humanos em dois níveis de garantias: o primeiro abrange todas as nações, enquanto o regional se fortalece pela maior homogeneidade cultural e institucional dos membros¹⁷²¹.

¹⁷¹⁴ KAMCHIBEKOVA, D. State Responsibility for Extraterritorial Human Rights Violations. In: **Buffalo Human Rights Review**, v. 13, p. 87-150, 2007.

¹⁷¹⁵ TRINDADE, 1999, p. 124. Para compatibilizar essa doutrina à proteção dos direitos humanos, é necessário reconhecer que, em relação a um mínimo pertencente ao domínio do *jus cogens*, não é possível invocá-la, sob pena de colocar em causa o dever de garantir os direitos protegidos por tais normas (Ibidem, p. 127).

¹⁷¹⁶ CANOTILHO, 2003, p. 520.

¹⁷¹⁷ Ibidem, p. 520-521.

¹⁷¹⁸ MARTINS, 2012, p. 122.

¹⁷¹⁹ Ibidem, p. 122.

¹⁷²⁰ MACHADO, 2006, p. 364.

¹⁷²¹ PEREIRA, A. C. A. Direito Internacional Público: Universalismo, Regionalismo e Soberania Estatal. In: **Curso de Derecho Internacional**, XXVII. Organizado por el Comité Jurídico Interamericano y la Secretaria General de la OEA, 2000.

Do ponto de vista do sistema global, a Carta da ONU estabeleceu os fundamentos de uma nova ordem mundial baseada na paz e na segurança internacionais. Trata-se de documento que não só contribuiu para a internacionalização dos direitos humanos, como também tornou claro que a proteção destes corresponde a um meio para assegurar a paz mundial¹⁷²². Através dela é possível constatar que os direitos humanos têm um relevo estruturante na arquitetura institucional e funcional da ONU. O documento apresenta duas características básicas: uma relativa a seu conteúdo, que demonstra uma visão ocidental dos direitos humanos ao conferir mais espaço e importância aos direitos civis e políticos do que aos direitos econômicos, sociais e culturais, e outra, relativa a sua forma, no sentido de não ser juridicamente vinculativo, ou seja, tratava-se de recomendação aos Estados¹⁷²³.

Com efeito, a adoção da carta não resultou em sua imediata elevação à qualidade de norma fundamental da ordem jurídica internacional. Só com a aprovação da Resolução nº 48/141, de 1994, da Assembleia Geral, os direitos humanos foram reconhecidos como uma das prioridades da comunidade internacional¹⁷²⁴. Embora as disposições da carta relativas a direitos humanos sejam vinculativas, nem todas gozam do mesmo grau de imperatividade e obrigatoriedade, porque na época os Estados não estavam preparados para conferir a mais ampla proteção aos direitos humanos, o que se deu por diversos fatores, entre eles o princípio da não ingerência nos assuntos internos¹⁷²⁵. Contudo, por força de sua eficácia *erga omnes*, os preceitos de direitos humanos são obrigatórios para todos os membros da comunidade internacional, e não apenas para os membros da ONU¹⁷²⁶.

A DUDH, de 1948, resultou do trabalho da Comissão de Direitos Humanos da ONU, presidida por Eleanor Roosevelt, a quem se incumbiu a missão de elaborar um catálogo internacional de direitos¹⁷²⁷. Caracteriza o primeiro instrumento internacional de caráter geral e universal que contém um catálogo de direitos reconhecido a todas as pessoas¹⁷²⁸. Apesar de suas limitações, teve grande importância na promoção dos direitos humanos, pois formulou um conceito unitário e universalmente válido sobre valores que os Estados devem promover no direito interno¹⁷²⁹. Embora se tenham verificado controvérsias sobre sua natureza

¹⁷²² MARTINS, 2012, p. 123.

¹⁷²³ CASSESE, 2005, p. 381.

¹⁷²⁴ MACHADO, 2006, p. 366.

¹⁷²⁵ MARTINS, 2012, p.124.

¹⁷²⁶ Ibidem, p. 124.

¹⁷²⁷ MACHADO, 2006, p. 367.

¹⁷²⁸ MARTINS, 2012, p. 125.

¹⁷²⁹ CASSESE, 2005, p. 381. Para Machado (2006, p. 367), a DUDH é significativa: em primeiro, por afirmar o princípio da universalidade de todos os direitos humanos, em segundo, porque assenta no princípio da unidade de todos os direitos humanos, debruçando-se, do mesmo modo, sobre os direitos respeitantes ao estatuto jurídico,

jurídica¹⁷³⁰, seus enunciados receberam concretização posterior. É indiscutível sua influência no direito internacional e nas constituições dos Estados, muitos dos quais incluíram algumas partes e outros as utilizam como um sistema de referência¹⁷³¹.

Trata-se de um padrão de moralidade internacional por via de seu acolhimento consuetudinário, comprovável pela radicação alcançada na consciência ético-jurídica universal, que colocou os direitos humanos no centro da ordem jurídica internacional¹⁷³². Com efeito, o art. 28 da DUDH retrata o mais fundamental dos direitos da humanidade, isto é, aquele que tem por escopo estabelecer uma ordem internacional que valoriza a dignidade da pessoa humana¹⁷³³ ao afirmar que “todo homem tem direito a uma ordem social e internacional, em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”.

Após a aprovação da DUDH, entendeu-se que seu conteúdo deveria ser concretizado por meio de um ou mais instrumentos com caráter de tratado, bem como estabelecer formas e processos de garantir os direitos enunciados¹⁷³⁴. A Assembleia Geral da ONU pretendia adotar um instrumento único convencional, no qual se positivassem os direitos humanos, tanto civis e políticos como econômicos, sociais e culturais, para o que encarregou a Comissão de Direitos Humanos de elaborar o respectivo texto¹⁷³⁵. Todavia, dificuldades apresentaram-se¹⁷³⁶, e o Conselho Econômico e Social propôs, em 1951, a elaboração de dois

político, econômico, social e cultural dos indivíduos, e, em terceiro, porque afirma a centralidade dos direitos humanos, no sentido de que devem conformar positivamente as instituições e as ações dos Estados e da comunidade internacional globalmente considerada.

¹⁷³⁰ Do ponto de vista formal, surgiram diferentes posicionamentos sobre sua natureza jurídica. Para Martins (2012, p. 127), há quem entenda que tem o mesmo valor jurídico que as outras Resoluções da Assembleia Geral e, assim, não cria obrigações para os Estados-membros da ONU e não se trata de fonte imediata de direito internacional; para outros, deve ser vista como um elemento constitutivo de regras consuetudinárias preexistentes; uma terceira corrente considera que o caráter consuetudinário dos direitos e dos princípios consagrados na DUDH foi adquirido posteriormente, de modo que tem caráter vinculativo; e, por fim, há os que entendem que deve ser analisada como um instrumento pré-jurídico, já que se caracterizou como fonte de inspiração de todas as outras regras, em que pese, não tenha força jurídica.

¹⁷³¹ *Ibidem*, p. 129.

¹⁷³² MACHADO, 2006, p. 368.

¹⁷³³ GUERRA, 2015, p. 96.

¹⁷³⁴ MIRANDA, 2012, p. 320.

¹⁷³⁵ MARTINS, 2012, p. 128.

¹⁷³⁶ São apontadas: as fraturas ideológicas e o clima de guerra fria resultante da divisão dos Estados em torno da prioridade dos diferentes direitos humanos (MACHADO, 2006, p. 369).

pactos¹⁷³⁷. Assim, a elaboração do PIDCP e do PIDESC levou anos, e apenas em 1976 entraram em vigor¹⁷³⁸.

Desse modo, a DUDH, o PIDCP e o PIDESC constituem o núcleo duro do direito internacional dos direitos humanos das Nações Unidas¹⁷³⁹; o objetivo principal dos pactos era conferir força jurídica vinculativa aos direitos humanos¹⁷⁴⁰. A doutrina refere, inclusive, que esses instrumentos criaram direito consuetudinário em direitos humanos, vinculando mesmo os Estados que não os tenham ratificado¹⁷⁴¹.

O PIDCP entrou em vigor em 23 de março de 1976, com o objetivo central de assegurar a proteção efetiva dos direitos humanos, mediante o dever positivo de adoção pelos Estados de todas as medidas legislativas, administrativas e judiciais necessárias para prevenir e reprimir sua violação¹⁷⁴². Os direitos civis e políticos consagrados no pacto têm por base o ideário político liberal fundamentado e constitucionalizado nas experiências revolucionárias inglesa, americana e francesa dos séculos XVII e XVIII, entendidos como direitos a abstenções estatais, embora contenham dimensões positivas relativas à prestação de condições normativas, institucionais, administrativas e procedimentais necessárias a sua efetivação e proteção perante terceiros¹⁷⁴³.

Martins (2012, p. 131) sublinha que raros são os direitos contidos no PIDCP que se podem considerar absolutos, de modo que o artigo quarto, número dois, do Pacto permite inferir que o direito à vida, os direitos derivados da proibição da tortura, das penas e dos tratamentos cruéis e desumanos ou degradantes e da proibição da escravatura e da servidão, da proibição da prisão civil por dívidas e do princípio da legalidade, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica do ser humano e o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião comungam dessa característica, pois não admitem derrogação. Porém, grande parte dos demais direitos é suscetível à derrogação, o que permite ampla margem de apreciação pelos Estados.

¹⁷³⁷ MARTINS, 2012, p. 128. À preferência pela regulamentação em dois textos esteve subjacente uma razão pragmática de tornar mais maleável a vinculação dos Estados, supondo-se que quanto aos direitos com estrutura de direitos, liberdades e garantias, poderia haver mais rápida efetividade, ao passo que a dos direitos sociais estaria dependente do grau de desenvolvimento econômico de cada um (MIRANDA, 2012, p. 320).

¹⁷³⁸ Ibidem, p. 320.

¹⁷³⁹ MARTINS, 2012, p. 128.

¹⁷⁴⁰ MACHADO, 2006, p. 369.

¹⁷⁴¹ Ibidem, p. 369.

¹⁷⁴² Ibidem, p. 371.

¹⁷⁴³ Ibidem, p. 372.

Para garantir o respeito às obrigações que incumbem aos Estados por meio do pacto, criou-se o Comitê de Direitos Humanos, composto por dezoito peritos, eleitos por um período de quatro anos nas reuniões bianuais dos Estados-partes. Ao Comitê competem diversas tarefas, sendo as principais: o exame dos relatórios dos Estados, o exame das comunicações dos indivíduos e o exame das comunicações dos Estados¹⁷⁴⁴.

O PIDESC especifica os direitos econômicos, sociais e culturais e de autodeterminação dos povos. Trata-se de instrumento que busca assegurar a igualdade e a efetividade dos direitos sociais, colocando-os sob uma reserva de lei restritiva¹⁷⁴⁵. São consagrados os direitos ao trabalho em condições justas e favoráveis, os direitos sindicais e de greve, o direito à segurança social, o direito à proteção social da família, o direito a um nível de vida suficiente ao melhoramento das condições da existência. Do mesmo modo, são protegidos os direitos à saúde física e mental, à educação e à participação na vida cultural¹⁷⁴⁶. São direitos que têm por base o ideário social que se levantou com o advento dos partidos socialistas e comunistas frente à industrialização e à urbanização¹⁷⁴⁷. Nesse sentido, devem ser implantados progressiva, e não imediatamente¹⁷⁴⁸.

Diferentemente do que se deu em relação ao sistema de controle do PIDCP, o sistema de controle do PIDESC limitou-se a relatórios periódicos, não abrangendo as comunicações dos Estados, nem a dos indivíduos¹⁷⁴⁹. A partir de 1987, passou a funcionar o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, composto por dezoito peritos independentes que recebem os relatórios periódicos e emitem recomendações que não têm força vinculativa, mas alertam a opinião pública para situações de violação de direitos humanos¹⁷⁵⁰. Uma das principais desvantagens desse sistema é sua incapacidade de responder a comunicações individuais específicas¹⁷⁵¹.

A par dos pactos, a ONU tem produzido instrumentos de caráter específico, com diferente natureza¹⁷⁵². Miranda (2012, p. 322-323) classifica tais instrumentos do seguinte modo:

¹⁷⁴⁴ MARTINS, 2012, p. 133.

¹⁷⁴⁵ MACHADO, 2006, p. 373.

¹⁷⁴⁶ Ibidem, p. 373.

¹⁷⁴⁷ Ibidem, p. 372-373.

¹⁷⁴⁸ MARTINS, 2012, p. 134.

¹⁷⁴⁹ Ibidem, p. 134-135.

¹⁷⁵⁰ Ibidem, p. 137.

¹⁷⁵¹ Ibidem, p. 137.

¹⁷⁵² MIRANDA, 2012, p. 321.

a) declarações relativas a categorias de pessoas: Declaração de Direitos da Criança, de 1959; Declaração de Direitos do Deficiente Mental, de 1971; Convenção dos Direitos da Criança, de 1989; Convenção sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes, de 1990; Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007;

b) instrumentos relativos às formas de discriminação: Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, de 1952; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação por Causa da Religião e Convicção, de 1981;

c) Declaração Universal sobre o Genoma Humano, de 1997;

d) Convenção e Recomendação Relativas ao Casamento, à Idade Mínima para Casar e ao Registro do Casamento, de 1962 e 1965;

e) instrumentos relativos à cidadania, aos apátridas e aos refugiados: Convenção Relativa ao Estatuto dos Apátridas, de 1954; Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher Casada, de 1957; Convenções sobre a Redução dos Casos de Apatridia, de 1959 e 1961;

f) instrumentos relativos à escravatura e à prostituição: Convenção para a Supressão do Tráfico de Seres Humanos e da Exploração de Outrem, de 1950; Protocolo de alteração da Convenção Relativa à Escravatura, de 1953; Convenção Suplementar Relativa à Abolição da Escravatura, do Trato de escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, de 1956;

g) instrumentos de garantias dos direitos das pessoas: Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, com emendas em 1992; Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948; Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e contra a Humanidade, de 1968; Convenção para a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimentos Forçados, de 2006;

h) Declaração sobre o Progresso e o Desenvolvimento no Domínio Social, de 1969.

Destacam-se os comitês especiais, previstos em algumas das convenções para tratar dos diversos tipos de violações de direitos humanos, como ocorre em relação ao Comitê contra a Tortura, ao Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas

Famílias, ao Comitê dos Direitos da Criança, ao Comitê para Eliminação da Discriminação Racial e ao Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres¹⁷⁵³.

A multiplicidade de convenções tem conduzido à multiplicação dos mecanismos de controle¹⁷⁵⁴, que são utilizados pelos instrumentos internacionais universais, têm caráter não jurisdicional e, muitas vezes, não são obrigatórios¹⁷⁵⁵. São mecanismos que respeitam a soberania dos Estados e compreendem relatórios periódicos, comunicações interestatais, comunicações individuais, investigação confidencial e visitas periódicas¹⁷⁵⁶. No âmbito universal, não há qualquer mecanismo judicial específico para assegurar a proteção dos direitos humanos, pois o TIJ não é o órgão mais adequado, já que os indivíduos não têm legitimidade processual ativa perante ele¹⁷⁵⁷.

Diante das dificuldades em relação aos mecanismos de caráter universal destinados à proteção dos direitos humanos, entre as quais a diversidade ideológica dos Estados, a forma pela qual os direitos são definidos e a interpretação de cada direito, ao lado de uma política universal dos direitos humanos, tornou-se importante incrementar uma segunda política, de caráter regional¹⁷⁵⁸. A partir dos anos 1950, essa política foi concretizada com a criação de organismos e de tratados internacionais de alcance regional, os quais, de maneira geral, acompanham o espírito da DUDH. Com efeito, referências expressas à DUDH são encontradas nos preâmbulos não só das convenções de direitos humanos da ONU, como nas convenções regionais — as convenções Europeia (1950) e Americana (1969) e a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos (1981) —, de modo que a multiplicidade de instrumentos internacionais no presente domínio faz-se acompanhar de sua unidade básica e determinante de propósito: a proteção do ser humano¹⁷⁵⁹.

No âmbito europeu, durante a Segunda Guerra, o primeiro-ministro britânico Winston Churchill alertou para a necessidade de construir uma espécie de ONU europeia¹⁷⁶⁰. Inicialmente integrado por dez Estados-membros, a criação do Conselho da Europa pretendeu

¹⁷⁵³ MACHADO, 2006, p. 378-379.

¹⁷⁵⁴ MARTINS, 2012, p. 180.

¹⁷⁵⁵ Ibidem, p. 180.

¹⁷⁵⁶ Ibidem, p. 180.

¹⁷⁵⁷ Ibidem, p. 180.

¹⁷⁵⁸ CLÈVE, C. M. Proteção internacional dos direitos do homem nos sistemas regionais americano e europeu. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 1, n. 95, p. 27-28, 1987.

¹⁷⁵⁹ TRINDADE, A. A. C. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, L. F.; PIOVESAN, F. (Coords.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/14osistema.htm>>. Acesso em: 15 set. 2014.

¹⁷⁶⁰ MARTINS, 2012, p. 192.

ser a resposta do povo europeu aos terríveis eventos de que seu território havia sido palco¹⁷⁶¹. Assim, em 1949, foi assinado o Estatuto do Conselho da Europa, no qual seus membros reconheciam o princípio do primado do Direito e o de que quaisquer pessoas sob sua jurisdição gozam dos direitos humanos e das liberdades fundamentais¹⁷⁶². Trata-se de organização internacional dotada de um escopo alargado, abrangendo diferentes áreas da vida política, jurídica, econômica, social e cultural, encaradas em sentido amplo, em que se concretiza a identidade europeia e que conta com 46 Estados-membros¹⁷⁶³. Em nível regional, destaca-se seu papel na proteção dos direitos humanos, em cujo contexto, o instrumento fundamental é a CEDH, que entrou em vigor em 1953¹⁷⁶⁴ e reconhece essencialmente os direitos, as liberdades e as garantias, ou direitos civis e políticos¹⁷⁶⁵.

O objetivo primordial da CEDH é assegurar a proteção dos direitos humanos e estabelecer obrigações jurídicas para os Estados-partes, independentemente da posição que assume no direito interno de cada um deles¹⁷⁶⁶. Conforme Machado (2006, p. 385), o ponto forte da CEDH consiste na existência do TEDH, pelo qual os cidadãos dos Estados signatários da convenção viram reforçada sua personalidade jurídica internacional, diante da possibilidade de serem titulares de direitos fundamentais internacionalmente consagrados, diretamente aplicáveis e judicialmente exequíveis.

Inicialmente, o sistema institucional da convenção compreendia dois órgãos: a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, como órgão de inquérito, de conciliação e de exame de petições ou queixas particulares, e o TEDH, como órgão jurisdicional e consultivo¹⁷⁶⁷. Naquele momento, os particulares dirigiam-se à comissão, e o processo só desembocava no tribunal por iniciativa da própria comissão ou de outro Estado. Com vistas a acelerar e simplificar os processos, evitando repetições e reforçando seu caráter jurisdicional, o Protocolo nº 11, que entrou em vigor em 1998, suprimiu a comissão e reestruturou o tribunal, de modo que o TEDH pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Estado vinculado pela CEDH¹⁷⁶⁸.

¹⁷⁶¹ MACHADO, 2006, p. 382.

¹⁷⁶² MARTINS, 2012, p. 193.

¹⁷⁶³ MACHADO, 2006, p. 382.

¹⁷⁶⁴ *Ibidem*, p. 382-383.

¹⁷⁶⁵ MARTINS, 2012, p. 266-267.

¹⁷⁶⁶ MACHADO, 2006, p. 383.

¹⁷⁶⁷ MIRANDA, 2012, p. 334.

¹⁷⁶⁸ *Ibidem*, p. 335.

No que se refere aos direitos econômicos, sociais e culturais, foram previstos na Carta Social Europeia (CSE), adotada em outubro de 1961, com entrada em vigor em fevereiro de 1965, com o objetivo de eliminar a discriminação social, de buscar a melhoria do nível de vida e a promoção do bem-estar social¹⁷⁶⁹. Os Estados levantaram dificuldades no reconhecimento desses direitos, o que resultou em uma enumeração minimalista, que foi criticada, acarretando a incorporação de novos direitos por meio de protocolos adicionais e da revisão da própria carta¹⁷⁷⁰. Da carta constam principalmente direitos dos trabalhadores a que corresponde uma relativa diversidade de obrigações dos Estados. Essa diversidade é consequência da menor homogeneidade dos países europeus quanto aos direitos econômicos e sociais do que a respeito dos direitos de liberdade¹⁷⁷¹.

Outro aspecto relevante é o de que o próprio sistema de controle da carta e dos instrumentos que a modificaram encontra-se longe do grau de efetividade alcançado pelo sistema jurisdicional da CEDH, tendo em vista que está baseado em relatórios periódicos enviados pelos Estados e, a partir de 1998, pelo mecanismo de reclamações coletivas¹⁷⁷². Portanto, embora a CSE constitua um importante complemento à CEDH, não existe nela um mecanismo jurisdicional e, com isso, limita-se a estabelecer os objetivos que os Estados deverão prosseguir e, a despeito de sua natureza convencional, possui um alcance mais político que jurídico¹⁷⁷³.

No continente americano, a proteção dos direitos humanos tem sido promovida pela OEA, criada pela Carta de Bogotá, aprovada na IX Conferência Interamericana, em abril de 1948, e que entrou em vigor em dezembro de 1951. Foi revista pelos protocolos de Buenos Aires (1967), Cartagena das Índias (1985), Washington (1992) e Manágua (1993)¹⁷⁷⁴. Embora não se tenha verificado qualquer previsão específica sobre a proteção dos direitos humanos na Carta de Bogotá, na IX Conferência, foram aprovadas duas resoluções que viriam a constituir os antecedentes da proteção americana dos direitos humanos, a Declaração Americana de Direitos do Homem e a Carta Interamericana de Garantias Sociais¹⁷⁷⁵. Essas resoluções, contudo, eram meras declarações sem valor jurídico constitutivo de direitos judicialmente acionáveis¹⁷⁷⁶. Apenas em 22 de novembro de 1969 foi aprovada a DIADH, que entrou em

¹⁷⁶⁹ MARTINS, p. 267.

¹⁷⁷⁰ *Ibidem*, p. 267.

¹⁷⁷¹ MIRANDA, 2012, p. 336.

¹⁷⁷² MARTINS, 2012, p. 268.

¹⁷⁷³ MACHADO, 2006, p. 397.

¹⁷⁷⁴ MARTINS, 2012, p. 294.

¹⁷⁷⁵ *Ibidem*, p. 295.

¹⁷⁷⁶ MACHADO, 2006, p. 399.

vigor em 18 de julho de 1978 e que conta com 24 Estados-partes. A essa convenção foram aditados o Protocolo de San Salvador, em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, em 1988, e o Protocolo sobre abolição da pena de morte, em 1990, que entraram em vigor em 1999 e 1993, respectivamente¹⁷⁷⁷.

Do ponto de vista do sistema de controle, os órgãos existentes são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos (TIADH). À primeira compete o exame de admissibilidade das petições, o estabelecimento dos fatos, a instrução do processo e a tentativa de solução amigável, além da redação de um relatório; a comissão tem competência para apurar as violações de direitos por parte de qualquer Estado-membro da OEA¹⁷⁷⁸. Entretanto, tratando-se de um Estado que não é parte da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), os direitos relevantes são apenas os constantes da DIADH e, nesse caso, o processo termina na comissão, com as conclusões e as recomendações¹⁷⁷⁹. Em se tratando de Estado-parte que tenha aceitado a jurisdição do TIADH, o processo poderá passar à fase contenciosa. O tribunal tem competência contenciosa, porém, sua jurisdição é facultativa, de modo que, uma vez aceita, os Estados não podem mais retirar sua declaração a respeito¹⁷⁸⁰.

Paralelamente, a Organização da Unidade Africana (OUA), criada pela Carta de 25 de maio de 1963 e que em 2002 transformou-se na União Africana, traduz as preocupações dos Estados africanos, ou seja, a descolonização, a não discriminação racial, o desenvolvimento econômico e social e a unidade africana¹⁷⁸¹. A questão dos direitos humanos foi relegada a segundo plano, aparecendo relacionada com o direito dos povos a disporem de si próprios e com a interdição da discriminação racial¹⁷⁸². Foram necessários quase vinte anos para concretizar a ideia de uma convenção africana dos direitos humanos¹⁷⁸³, de modo que o movimento de adaptação continental da problemática universal dos direitos humanos chegou à África, em termos de formalização, em 1981, com a aprovação, no âmbito da OUA, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, que entraria em vigor em 1986, quando

¹⁷⁷⁷ MARTINS, 2012, p. 295.

¹⁷⁷⁸ Ibidem, p. 297-298.

¹⁷⁷⁹ MARTINS, 2012, p. 298.

¹⁷⁸⁰ Ibidem, p. 298.

¹⁷⁸¹ Ibidem, p. 300.

¹⁷⁸² Ibidem, p. 300.

¹⁷⁸³ Ibidem, p. 301.

foram reunidos os requisitos exigidos no próprio documento para sua ratificação, que envolveu todos os Estados-membros da União Africana¹⁷⁸⁴.

Há quem atribua o resultado desse período para a concretização da proteção dos direitos humanos na África à complexidade de sua matriz histórico-cultural, no cotejo com o conceito de direitos humanos próprios da matriz civilizacional ocidental¹⁷⁸⁵. Nesse aspecto, a carta busca repercutir as particularidades do continente relativamente à referência aos próprios valores de civilização, ao papel dos deveres, aos novos direitos e à ausência de um Tribunal dos Direitos do Homem e dos Povos¹⁷⁸⁶.

Trata-se de documento que aglutina praticamente todos os direitos humanos e traz um capítulo voltado aos deveres¹⁷⁸⁷. Ressalta-se que a Carta Africana foi o primeiro instrumento internacional a reconhecer o direito ao desenvolvimento como um direito humano e dos povos¹⁷⁸⁸. Quanto aos órgãos de controle, deverão vigorar: a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, que atua pelo sistema de relatórios dos Estados e das comunicações dos Estados e outras entidades, e o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, criado no Protocolo Adicional, em junho de 1998, e que entrou em vigor em 2004, a cuja jurisdição submeter-se-ão disputas sobre a aplicação da Carta Africana, do Protocolo e de outros instrumentos de direitos humanos¹⁷⁸⁹.

4 Nota conclusiva

O movimento dos direitos humanos, após a Segunda Guerra, revelou uma capacidade impressionante de estabelecer parâmetros comuns por meio de tratados e declarações internacionais¹⁷⁹⁰. Nunca se falou tanto do tema e nunca tantas e tão diversas realidades foram erigidas à categoria dos direitos humanos. No entanto, nunca os princípios defendidos neste

¹⁷⁸⁴ MOCO, 2010, p. 49.

¹⁷⁸⁵ Ibidem, p. 126.

¹⁷⁸⁶ MARTINS, 2012, p. 302.

¹⁷⁸⁷ MOCO, 2010, p. 136-138.

¹⁷⁸⁸ MARTINS, 2012, p. 305.

¹⁷⁸⁹ MOCO, 2010, p. 216.

¹⁷⁹⁰ STEINER, H. Prefácio. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 57.

domínio se encontraram tão longe da realidade e nunca houve notícias de tantas e tão drásticas violações a tais direitos¹⁷⁹¹.

Embora, teoricamente, o estabelecimento dos instrumentos internacionais de direitos humanos e os regimes de direitos humanos pudessem introduzir um forte acordo entre as nações quanto ao significado dos direitos humanos e a sua obrigação de garanti-los, na prática, não é o que ocorre¹⁷⁹². Até porque, os próprios direitos humanos apresentam um caráter multidimensional, ou seja, apresentam em sua estrutura uma grande diversidade de titulares ativos, de destinatários e de conteúdos¹⁷⁹³. Uma incursão sobre a sistemática de proteção dos direitos humanos revela que o sistema dirige-se em primeira linha aos poderes estatais¹⁷⁹⁴, ou seja, é a soberania que está na base da proteção do ser humano, pois o exercício dos respectivos direitos realiza-se por meio do Estado¹⁷⁹⁵.

Apesar dos avanços, o sistema não se mostra capaz de responder às modificações trazidas ao direito internacional pela globalização. Porém, cada vez mais, as lutas pelos direitos humanos têm sido direcionadas a sistemas de privilégio e opressão e seus efeitos sociais e ecológicos, decorrentes da globalização econômica neoliberal¹⁷⁹⁶.

A questão dos poderes dos atores não estatais e suas responsabilidades sobre os direitos humanos não encontra resposta no atual sistema e constitui um de seus principais desafios¹⁷⁹⁷. Enquanto atores poderosos, como as maiores empresas e bancos, atuam em conjunto com os principais atores estatais, influenciando as políticas internacionais e as práticas para assegurá-las, a fim de que permaneçam consistentes com seus interesses, o terreno dos direitos humanos permanece um campo de lutas, em função dos grandes efeitos políticos, econômicos, sociais e culturais daí decorrentes¹⁷⁹⁸.

A questão que se coloca é: enquanto os instrumentos de direitos humanos e seus regimes voltam-se apenas aos Estados e a sua conformidade com os padrões de direitos humanos, o que acontece quando são as relações e práticas econômicas que criam obstáculos?

¹⁷⁹¹ PIMENTEL, J. M. Perspectivas para o Século XXI. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 41, p. 50, 1999.

¹⁷⁹² ARMALINE, W. T.; GLASBERG, D. S.; PURKAYASTHA, B. **The Human Rights Enterprise: Political Sociology, State Power and Social Movements**. Cambridge: Polity Press, 2015, p. 7. Pesquisas sugerem que a ratificação de instrumentos de direitos humanos não parece ter um efeito normativo sobre as práticas de direitos humanos dentro do Estado-membro, particularmente para os menos democráticos. Isso não quer dizer que a ratificação não tenha sentido, mas sugere que ela não é o fim da história (Ibidem, p. 7).

¹⁷⁹³ PIMENTEL, 1999, p. 51.

¹⁷⁹⁴ COURTIS, C. **Derechos Sociales, ambientales y relaciones entre particulares: nuevos horizontes**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2007, p. 52.

¹⁷⁹⁵ MARTINS, 2012, p. 90.

¹⁷⁹⁶ ARMALINE; GLASBERG; PURKAYASTHA, 2015, p. 10.

¹⁷⁹⁷ CHIRWA, D. M. The doctrine of state responsibility as a potential means of holding private actors accountable for human rights. In: **Melbourne Journal of International Law**, v. 5, 2004.

¹⁷⁹⁸ ARMALINE; GLASBERG; PURKAYASTHA, 2015, p. 13-14.

Como o regime dos direitos humanos exerce autoridade sobre os atores econômicos mais poderosos para buscar o cumprimento dos padrões enumerados nos instrumentos de direitos humanos?¹⁷⁹⁹

A hipótese é de que a busca pela paz e por uma ordem econômica justa supõe que o ordenamento e as organizações internacionais exercitem um controle justo e eficiente sobre os centros de poder que atuam na sociedade civil global, que se emanciparam do controle dos Estados e chegam, muitas vezes, a controlar os próprios Estados¹⁸⁰⁰. A consagração dos direitos humanos deve ter presente as condições de sua efetivação real, de seu concreto exercício, e não algo de abstrato ou estereotipado¹⁸⁰¹. Nessa perspectiva, e como o direito internacional caracteriza “em larga medida, um Direito em devir num mundo em transformação”¹⁸⁰², passa-se à análise da vinculação dos atores não estatais a tais direitos.

¹⁷⁹⁹ Ibidem, p. 14.

¹⁸⁰⁰ BARATTA, A. Os direitos da criança e o futuro da democracia. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 41, p. 70, 1999.

¹⁸⁰¹ PIMENTEL, 1999, p. 51.

¹⁸⁰² MIRANDA, 2012, p. 37.

CAPÍTULO II

A APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS AOS ATORES NÃO ESTATAIS

1 Nota introdutória

O debate sobre a proteção dos direitos humanos centrou-se na relação entre o Estado e o cidadão e foi definido sob essa dicotomia. Na altura, a aplicação dos direitos humanos a terceiros permaneceu fora do sistema¹⁸⁰³. Contudo, com o reconhecimento de que as relações privadas também podem envolver uma gama de situações em que há possibilidade de abusos a direitos humanos, emergiu a questão da aplicação desses direitos às relações particulares, porém, contornada por polémicas¹⁸⁰⁴.

A sociedade passou a perceber que atores diversos desempenham um papel na questão dos direitos humanos, pois representam outros centros de poder, como é o caso das empresas multinacionais¹⁸⁰⁵. Para Bijsterveld (2002), desde a queda do Muro de Berlim e o colapso dos regimes comunistas, inaugurou-se uma fase em que o debate sobre direitos humanos assumiu uma perspectiva de fortes contrastes. Com efeito, a globalização, as políticas de liberalização dos mercados, de privatização de empresas estatais, promoção do investimento estrangeiro direto e de desregulação do setor privado ganharam proeminência¹⁸⁰⁶. Nesse contexto, os principais atores da economia global, as empresas multinacionais, as instituições financeiras internacionais e as instituições multilaterais são os que promovem tais princípios, e sua ampla

¹⁸⁰³ BIJSTERVELD, S. van. Human Rights and Private Corporations: a dutch legal perspective. In: **Electronic Journal of Comparative Law**, 2002. Disponível em: <<http://www.ejcl.org/64/art64-21.html>>. Acesso em: 03 out. 2014.

¹⁸⁰⁴ PIMENTA, J. R. F.; BARROS, J. A. M. de. A Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais Individuais nas Relações Privadas e a Ponderação de Interesses. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 15., Manaus, 15-18 nov. 2006. **Anais...** Manaus: Conpedi, 2006. p. 2790-2809. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose_roberto_freire_pimenta.pdf>. Acesso em: 20 set. 2014.

¹⁸⁰⁵ BIJSTERVELD, S. van. Human Rights and Private Corporations: a dutch legal perspective. In: **Electronic Journal of Comparative Law**, 2002. Disponível em: <<http://www.ejcl.org/64/art64-21.html>>. Acesso em: 03 out. 2014, p. 1.

¹⁸⁰⁶ CHIRWA, 2004, p. 2.

adoção pelos Estados demonstra a outorga de mais poderes e competências aos atores privados¹⁸⁰⁷. Cada vez mais é possível identificar funções — como assistência à saúde, educação, bem-estar e outras — assumidas por particulares, o que torna inevitável o questionamento sobre o alcance das normas de direito público em relação a eles¹⁸⁰⁸.

No âmbito internacional, os Estados têm se voltado ao âmbito privado para a realização de funções como atividades militares, de assistência, funções diplomáticas, ajuda humanitária, ajuda ao desenvolvimento e reconstrução pós-conflitos. Todo esse movimento em direção à privatização na esfera internacional levanta o mesmo tipo de questionamento para o direito internacional público que a privatização em âmbito interno coloca para o direito público interno, qual seja, se essa tendência será capaz de corroer os valores fundamentais de direito público, como os direitos humanos.¹⁸⁰⁹ Ainda, se cada vez mais, no cenário internacional, surgem atores não estatais, será que esses indivíduos e grupos atravessarão os vácuos do direito internacional e evadir-se-ão de qualquer responsabilidade pública?¹⁸¹⁰

Houve, desse modo, a necessidade de abrir espaço a uma abordagem mais cooperativa em relação ao papel dos atores não estatais sobre os direitos humanos¹⁸¹¹. Passou-se a entender que todos os atores assumem o papel tanto de garantidores quanto de ameaça aos direitos humanos, o que se dá em relação às autoridades públicas, às empresas e mesmo com as ONGs¹⁸¹². Embora diversas questões coloquem-se no plano dos mecanismos para a responsabilização de tais atores, há uma evolução paulatina na ideia de que apenas o Estado está obrigado pelas normas de direitos humanos.

Esse processo, porém, foi permeado por avanços e retrocessos. Segundo Nowak (2003, p. 51), pelas origens históricas e filosóficas, os direitos humanos devem ser compreendidos como efetivos em relação a todo e qualquer potencial violador. Entretanto, com a influência do liberalismo na Europa e na América do Norte, no século XIX, essa percepção foi perdida, e a proteção dos direitos humanos reduziu-se à mera resistência contra a interferência estatal. Ao longo do tempo, duas concepções estruturaram-se quanto à oponibilidade dos direitos humanos aos poderes privados: uma originária das revoluções liberais do final do século XVIII, impregnada dos ensinamentos de Rousseau e da crença na igualdade entre homens, a partir da qual a opressão da pessoa humana não poderia advir de

¹⁸⁰⁷ *Ibidem*, p. 2.

¹⁸⁰⁸ DICKINSON, 2006, p. 383.

¹⁸⁰⁹ *Ibidem*, p. 385.

¹⁸¹⁰ *Ibidem*, p. 386.

¹⁸¹¹ BIJSTERVELD, 2002, p. 1.

¹⁸¹² *Ibidem*, p. 1.

outra fonte que não fosse o Estado, e outra, fundada na análise socialista das relações sociais, para a qual a alienação do homem pode ser múltipla e resulta essencialmente da ação dos poderes econômicos privados, a serviço dos quais se coloca a estrutura estatal¹⁸¹³.

Atualmente, a sociedade tem-se mostrado mais consciente da necessidade de proteger o indivíduo contra toda opressão, estatal ou não¹⁸¹⁴. Com o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos, o entendimento de que devem ser oponíveis em relação a todos está retornando¹⁸¹⁵. A proteção dos indivíduos contra a opressão privada tem-se mostrado mais urgente diante de grupos privados organizados que se interpõem entre os indivíduos e as autoridades públicas e que, no mundo contemporâneo, podem ser mais perigosos que os poderes públicos¹⁸¹⁶. Portanto, há um consenso sobre a necessidade de proteger o indivíduo também contra os poderes privados, restando saber como assegurar tal proteção¹⁸¹⁷.

Assim, reveste-se da maior importância, em um quadro que pretende avaliar a interação entre os direitos humanos e o investimento estrangeiro, saber se as normas que se destinam a funcionar na relação entre o particular e o Estado também são aplicáveis aos atores não estatais, e, em caso afirmativo, quais técnicas podem ser usadas para tal aplicação¹⁸¹⁸. É de avaliar como os tribunais, diante dessas questões, têm contribuído para o desenvolvimento da matéria¹⁸¹⁹.

Ao tratar do assunto, alguns sustentam que certas normas devem ser excluídas da discussão¹⁸²⁰, já que têm por destinatário exclusivo os órgãos estatais¹⁸²¹, pelo que não cabe extrair regras diretas para os particulares¹⁸²², como o caso do direito à tutela jurisdicional efetiva, da responsabilidade civil do Estado, do direito de petição, da proibição da tortura, de penas desumanas, degradantes e da pena de morte, do direito à nacionalidade, das garantias do

¹⁸¹³ MINH T. V. *Droits de l'Homme et pouvoirs privés: le probleme de l'opposabilité*. In: CAO H. T. (Coord.). **Multinationales et droits de l'homme**. [Paris]: Presses universitaires de France, 1984, p. 97.

¹⁸¹⁴ *Ibidem*, p. 97.

¹⁸¹⁵ NOWAK, 2003, p. 51. Para exemplificar a mudança de pensamento, o autor usa a questão da violência familiar que, durante um longo tempo, por influência do liberalismo, foi considerada questão privada protegida pelo direito à privacidade contra as intervenções estatais. Com o movimento das mulheres, o tema voltou à tona, com a maioria dos Estados a adotar medidas para proteção das mulheres e das crianças (*Ibidem*, p. 51).

¹⁸¹⁶ MINH, 1984, p. 98.

¹⁸¹⁷ *Ibidem*, p. 98.

¹⁸¹⁸ BIJSTERVELD, 2002, p. 1.

¹⁸¹⁹ *Ibidem*, p. 1.

¹⁸²⁰ Não obstante, na origem, a *Drittwirkung* foi concebida para a totalidade dos direitos fundamentais (COTTIM, 2006, p. 53).

¹⁸²¹ MACCRORIE, B. F. da S. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 9-10.

¹⁸²² *Ibidem*, p. 9.

habeas corpus e do processo criminal, do direito de asilo e não extradição e expulsão, assim como os direitos, as liberdades e as garantias de participação política, as garantias expropriatórias e a objeção de consciência ao serviço militar obrigatório¹⁸²³. Embora a questão possa não abranger todas as normas de direitos humanos, deve-se reconhecer que, nas relações entre atores não estatais, podem ocorrer graves abusos sobre esses direitos, pelo que a questão de sua aplicação nas relações particulares é inafastável, notadamente quando ocorrem entre sujeitos desiguais, nas relações de poder-sujeição que podem afetar a autodeterminação da parte mais fraca¹⁸²⁴.

2 O desenvolvimento da questão

Ao analisar a transposição do problema para o âmbito do direito internacional, convém regressar à origem da questão. Como destacado, o marco para os direitos de primeira dimensão foi a Revolução Francesa, que representou a ruptura do paradigma do Estado absolutista¹⁸²⁵. A ascensão política da burguesia lançou o alicerce para o Estado liberal e foi determinante para o absentismo estatal na regulação do mercado e das contratações, que interessavam ao desenvolvimento do capitalismo e que se amparavam na autonomia da vontade, sobre os valores da liberdade e da igualdade formais e da propriedade privada¹⁸²⁶. Pela lógica liberal, a relevância dos direitos fundamentais nas relações particulares começou por ser negada, pois se acreditava que bastava a existência do Estado para assegurar a realização dos direitos nas relações entre particulares¹⁸²⁷.

Na época, o indivíduo era concebido isoladamente no espaço social e político, e a sociedade e o Estado eram considerados separados e estanques, cada qual governado por uma lógica de interesses próprios e obedecendo ao direito privado ou público¹⁸²⁸. Disseminou-se a distinção entre sociedade política, marcada pelas desigualdades entre Estado e administrados,

¹⁸²³ Ibidem, p. 9. Novais (2004, p. 294) afirma ser o caso dos direitos sociais, aplicáveis às relações entre o privado e o Estado, na reserva do financeiramente possível.

¹⁸²⁴ ABRANTES, J. J. **Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 136.

¹⁸²⁵ RENAULT, L. O. L.; FABIANO, I. M. de A. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais nas Relações de Emprego – Alguma Verdade. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 77, n. 4, p. 204-230, out/dez., 2011.

¹⁸²⁶ Ibidem, p. 206.

¹⁸²⁷ ANDRADE, 2010, p. 232.

¹⁸²⁸ Ibidem, p. 232-233.

e sociedade econômica, cuja nota distintiva era o império da igualdade entre particulares¹⁸²⁹. No âmbito do confronto entre a liberdade individual e a autoridade, a área de tensão foi circunscrita às relações entre indivíduos e ente estatal, como se não fosse necessário defender os indivíduos de si mesmos, ou seja, como se não houvesse mais fortes e mais fracos¹⁸³⁰. Dessa maneira, os direitos fundamentais eram vistos como um instituto específico das relações entre o indivíduo e o Estado, com um fim determinado: a salvaguarda da liberdade individual e social¹⁸³¹.

Portanto, no século XIX, os direitos fundamentais foram considerados direitos públicos subjetivos, o que se tornou um dos obstáculos à ideia de aplicação às relações privadas¹⁸³². Essa noção harmonizava-se com a separação entre direito público e privado e com o prestígio da lei em detrimento da constituição¹⁸³³. O código civil erigiu-se no documento constitucional da sociedade autossuficiente, sancionando os princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual como eixo das relações entre particulares, pelo que não havia sentido estender a essas relações a eficácia dos direitos individuais¹⁸³⁴.

Contudo, a regra formal da liberdade mostrou-se insuficiente para garantir a felicidade dos indivíduos e a prosperidade das nações, tendo servido, por vezes, para acirrar os antagonismos, agravar as formas de opressão e instalar diferenças injustas¹⁸³⁵. A paz social, a justiça e a própria liberdade não se poderiam realizar espontaneamente em uma sociedade complexa, dividida e conflitual, mostrando-se necessária a regulação pelo Estado dos mecanismos econômicos, da proteção dos fracos e desfavorecidos e da adoção de medidas necessárias à transformação da sociedade, em uma perspectiva comunitariamente assumida de progresso, justiça e bem-estar¹⁸³⁶.

A emergência do Estado Social e a ênfase na concretização dos direitos humanos no pós-guerra trouxeram o contexto favorável para a crítica aos direitos fundamentais como direitos subjetivos públicos postos em lei¹⁸³⁷. Diante das barbáries e dos totalitarismos que

¹⁸²⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, I; W. (Org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 18.

¹⁸³⁰ RENAULT; FABIANO, 2011, p. 207.

¹⁸³¹ ANDRADE, 2010, p. 234.

¹⁸³² PIMENTA; BARROS, 2006, p. 2797.

¹⁸³³ Ibidem, p. 2797-2798.

¹⁸³⁴ UBILLOS, J. M. B. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, I. W. (Org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 302.

¹⁸³⁵ ANDRADE, 2010, p. 234.

¹⁸³⁶ Ibidem, p. 234.

¹⁸³⁷ PIMENTA; BARROS, 2006, p. 2798.

caracterizavam ações legítimas na leitura positivista, era indispensável promover as garantias institucionais, bem como a igualdade e a liberdade materiais para que a todos fossem oferecidas as mesmas oportunidades, hábeis a assegurar a existência digna e sem preterição de ser humano algum¹⁸³⁸.

Os direitos fundamentais passaram a ser afirmados como princípios e valores constitucionais e, por isso, não poderiam deixar de ser aplicados em toda a ordem jurídica, inclusive no direito privado¹⁸³⁹. Ubillos (2006, p. 302) acentua que os direitos fundamentais experimentaram e seguem experimentando transformações porque a realidade sociopolítica em que se inserem é naturalmente mutável¹⁸⁴⁰. No processo evolutivo, restou evidente a necessidade de proteção dos particulares não apenas perante o Estado, mas através do Estado perante outros particulares, pelo menos perante indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exercem ou podem exercer verdadeiros poderes, jurídicos ou de fato¹⁸⁴¹.

Assim, a linguagem dos instrumentos fundamentais de direitos humanos não se limita aos Estados¹⁸⁴². A DUDH e as Convenções de Direitos Humanos da ONU estipulam que “Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos”¹⁸⁴³. Do mesmo modo, a ideia de deveres dos particulares em relação aos direitos humanos, antes exclusiva dos Estados, passou a encontrar apoio no direito positivo¹⁸⁴⁴. A DUDH trata de um dever de “cada indivíduo e cada órgão da sociedade” a esforçar-se para promover o respeito, e os dois pactos da ONU tratam da responsabilidade para lutar pela “promoção e observância” dos direitos humanos¹⁸⁴⁵.

¹⁸³⁸ RENAULT; FABIANO, 2011, p. 208.

¹⁸³⁹ ANDRADE, 2010, p. 235.

¹⁸⁴⁰ Bobbio (1992, p. 33) afirmava que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderiam produzir mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que criassem ocasiões favoráveis para novos carecimentos e, portanto, novas demandas de liberdade e poderes.

¹⁸⁴¹ ANDRADE, 2010, p. 235.

¹⁸⁴² REINISCH, A. The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors. In: ALSTON, P. (Ed.). **Non-State Actors and Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 71.

¹⁸⁴³ Artigo 30 da Declaração Universal de Direitos Humanos.

¹⁸⁴⁴ REINISCH, 2005, p. 71.

¹⁸⁴⁵ Preâmbulo da DUDH: “A PRESENTE DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição”.

Apesar disso, os principais instrumentos de direitos humanos, desde o PIDCP e o PIDESC até o Estatuto de Roma, foram elaborados voltados aos Estados, que no plano convencional ainda são vistos como atores principais e como titulares centrais de direitos e responsabilidades¹⁸⁴⁶. Contudo, há quem entenda que, de alguma forma, essa linguagem contribuiu para o rompimento dos obstáculos que inviabilizavam as considerações sobre a aplicação direta dos direitos humanos nas relações privadas, entre elas a separação entre Estado e sociedade civil, a noção de igualdade formal, que evoluiu para o conceito de igualdade material, e a neutralidade do Estado diante da dinâmica social¹⁸⁴⁷.

No âmbito constitucional, passou-se a atribuir aos direitos fundamentais uma dupla dimensão: a primeira, que assegura posições subjetivas dos indivíduos em face do Estado e, a segunda, que passou a veicular uma ordem objetiva de valores que deverá comandar a vida social e as ações dos poderes públicos. A primeira foi denominada subjetiva e a segunda, objetiva¹⁸⁴⁸. Imediatamente, tendências teóricas e práticas começaram a ser suscitadas, como a divisão entre público e privado, o debate dos efeitos dos direitos humanos sobre atores privados, a discussão sobre a boa governança e a transferência de poderes dos Estados a atores privados por meio da privatização ou pela outorga de poderes a organizações internacionais¹⁸⁴⁹. Todos os desenvolvimentos são inter-relacionados e contribuíram para a consciência da necessidade de proteger os direitos humanos além do paradigma clássico do Estado poderoso contra o indivíduo fraco, para incluir a proteção contra o crescente poder dos atores não estatais¹⁸⁵⁰.

No direito interno, acentuou-se a questão da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas, o que ficou conhecida, inicialmente, como a questão da eficácia externa ou em relação a terceiros dos direitos, liberdades e garantias (*Drittwirkung*)¹⁸⁵¹. A ideia surgiu no direito constitucional alemão, partindo da premissa de que a constituição impõe obrigações sobre as interações de direito privado de particulares no relacionamento entre si¹⁸⁵². Na altura, o tema voltava-se apenas às normas constitucionais, porém, a controvérsia da vinculação dos particulares a direitos fundamentais não se

¹⁸⁴⁶ DICKINSON, 2006, p. 397.

¹⁸⁴⁷ PIMENTA; BARROS, 2006, p. 2798.

¹⁸⁴⁸ Ibidem, p. 2796.

¹⁸⁴⁹ REINISCH, 2005, p. 38.

¹⁸⁵⁰ Ibidem, p. 38.

¹⁸⁵¹ CANOTILHO, 2003, p. 1286.

¹⁸⁵² ENGLE, E. Third Party Effect of Fundamental Rights (*Drittwirkung*). In: **Hanse Law Review**, v. 5, n. 2, p. 165-173, 2009.

circunscreve aos ordenamentos e às jurisdições nacionais¹⁸⁵³, daí a questão ter alcançado o direito internacional.

As indagações sobre o tema intensificaram-se a partir da década de 1950, na Alemanha, em função da decisão do Tribunal Constitucional Federal no caso *Lüth* (BVerfGE 7, 198-230)¹⁸⁵⁴, considerada a mais importante da jurisprudência dos direitos fundamentais¹⁸⁵⁵. A partir de então, correntes distintas passaram a perquirir a possibilidade de irradiação dos preceitos jusfundamentais em outras áreas que não a pública, a possibilidade de vinculação e promoção dos direitos fundamentais pelos poderes públicos e suas respectivas delimitações, os limites da constitucionalização do direito privado, bem como a possibilidade de os poderes privados estarem vinculados a direitos fundamentais¹⁸⁵⁶. Contudo, tendo em vista a polémica subjacente às teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e as distintas soluções encontradas pelos Estados no direito doméstico, a questão parece longe de ter uma solução no direito interno ou no Direito Internacional¹⁸⁵⁷.

Essa relação entre direitos fundamentais e direito privado tornou-se também no plano internacional um tema jurídico chave¹⁸⁵⁸ e tem sido suscitada junto aos tribunais de direitos humanos¹⁸⁵⁹. À primeira vista, a oponibilidade dos direitos humanos aos poderes privados parece mais difícil de admitir do que nos instrumentos internos¹⁸⁶⁰. Nesse sentido, os obstáculos são numerosos, havendo um que se conhece pela experiência no direito interno, relativo à definição das normas de direitos humanos como normas de direito público voltadas

¹⁸⁵³ MACCRORIE, 2005, p. 7.

¹⁸⁵⁴ O caso referia a um pedido de boicote público a um filme (“Amada Imortal”) dirigido por um cineasta que havia produzido película de teor antisemita anos antes, em pleno nazismo. Ao diretor (Veit Harlan), o Tribunal de Justiça de Hamburgo sentenciou que o Sr. Erich Lüth se abstinhasse de conclamar as pessoas, através de seu Clube de Imprensa, a boicotar o filme, com fulcro em disposição do Código Civil alemão. Lüth recorreu ao Tribunal Federal Constitucional alegando violação do direito fundamental à liberdade de expressão. O Tribunal Constitucional deu provimento ao recurso, entendendo que o juízo “a quo” havia desconsiderado o significado do direito à liberdade de expressão e de informação de Lüth no âmbito das relações privadas, nas quais se contrapunham interesses de outros particulares. Mesmo sendo um conflito privado, o Tribunal decidiu que ao Judiciário cabe sempre examinar se os dispositivos legais a serem aplicados guardam compatibilidade material com os direitos fundamentais. Ao final, prevaleceu a visão de que o juiz civil está vinculado aos direitos fundamentais, há um efeito irradiante desses direitos sobre o direito privado e são eles a medida de todos os atos do poder público (SARLET, 2000, p. 124).

¹⁸⁵⁵ GUEDES, N. **Caso Lüth**: decisão judicial que virou celebridade. 13 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.midiajur.com.br/conteudo.php?cid=15928&sid=240>>. Acesso em: 20 set 2014.

¹⁸⁵⁶ VIEIRA, C. F. **Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais** (paper). Coimbra, jun. 2006. 43 p. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/igc/pdf/papers/CarolinaVieirapaperdedireitosfundamentais.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2014.

¹⁸⁵⁷ MINH, 1984, p. 112.

¹⁸⁵⁸ MONTEIRO, A. P.; NEUNER, J.; SARLET, I. W. (Orgs.). **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

¹⁸⁵⁹ MACCRORIE, 2005, p. 7.

¹⁸⁶⁰ MINH, 1984, p. 112.

exclusivamente à proteção do indivíduo contra o Estado. A isso adiciona-se outro obstáculo, relativo à distinção entre direito internacional e direito interno¹⁸⁶¹.

Embora para alguns não valha a pena detalhar as teorias relativas à *Drittwirkung*, pois sugerem não ser cabível em nível internacional¹⁸⁶², entende-se que um olhar sobre as distintas teorias permite avaliar como a questão repercutiu no direito internacional¹⁸⁶³. Até porque, o entendimento de que os atores não estatais podem ser obrigados pelos direitos humanos passa pelo reconhecimento de que tais normas são capazes de produzir efeito horizontal¹⁸⁶⁴. Essa noção, no direito internacional, constitui um ponto de afastamento da abordagem tradicional de que os direitos humanos são mantidos apenas contra o Estado, mas se compatibiliza com a visão dos direitos humanos como elemento ético da humanidade e com as perspectivas do direito internacional contemporâneo.

3 As principais discussões sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas

No geral, segundo Andrade (2010, p. 236), as posições da doutrina alemã sobre os direitos fundamentais dividiram-se entre os que advogavam a aplicabilidade imediata de tais preceitos nas relações privadas (posições monistas) e os que apenas admitiam a aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais através da regulação legislativa do direito privado (posições dualistas).

Para compreender a questão, entende-se pertinente ressaltar a teoria que nega a relevância da aplicação dos direitos fundamentais aos particulares¹⁸⁶⁵. A doutrina dominante do século XIX sustentava que os direitos fundamentais voltavam-se a proteger o indivíduo contra ações do Estado, não assumindo relevância para as relações privadas. Baseada no pensamento liberal, centrava-se nos direitos fundamentais como direitos subjetivos públicos

¹⁸⁶¹ Ibidem, p. 112.

¹⁸⁶² CLAPHAM, A. **Human Rights in the Private Sphere**. Oxford: Clarendon, 1993, p. 181-182.

¹⁸⁶³ Mesmo que se discuta exclusivamente a eficácia dos direitos humanos entre particulares, é inegável que existem sobreposições em relação à teoria da *Drittwirkung* ou eficácia dos direitos fundamentais de base constitucional entre particulares. COURTIS, C. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. MONTEIRO, A. P.; NEUNER, J.; SARLET, I. W. (Orgs.). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 81, nota 1.

¹⁸⁶⁴ JÄGERS, N. **Corporate Human Rights Obligation: in search of accountability**. Antwerpen: Intersentia, 2002, p. 36.

¹⁸⁶⁵ MACCRORIE, 2005, p. 20.

de defesa contra o Estado¹⁸⁶⁶. Os direitos fundamentais, considerados em sua relação com os outros homens, eram ou pura e simplesmente negados ou, quando muito, tolerados com desconfiança e desde que não adquirissem dimensão política¹⁸⁶⁷. Para essa teoria, dominante nos EUA, designada teoria da ação estatal, a constituição preocupa-se quase que exclusivamente com a criação de órgãos governamentais federais, a atribuição de poder governamental entre os órgãos federais e dos Estados e a limitação do poder governamental, tanto estadual quanto federal. Com uma exceção¹⁸⁶⁸, entendia-se que a constituição não buscava governar ou regular as questões dos indivíduos e das entidades privadas¹⁸⁶⁹. A ação estatal consiste em uma exigência em qualquer ação que tenha seu fundamento em função das garantias constitucionais¹⁸⁷⁰, por isso, reconhecia-se apenas a eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Há quem entenda que essa doutrina está equivocada porque os indivíduos e as organizações privadas não têm o direito de operar livre das normas constitucionais que impõem igualdade, justiça e tolerância¹⁸⁷¹. O tratamento igualitário, a justiça e a tolerância entre os indivíduos podem ser impostos se o povo, por meio de processo democrático, escolher estes princípios e torná-los objeto de proteção jurídica¹⁸⁷². Assim, compreendem que a teoria não protege os direitos dos indivíduos para fazê-los isentos de controle governamental, mas o direito do povo em determinar o tipo de sociedade em que quer viver¹⁸⁷³. O que está em causa não é só o respeito aos direitos individuais, mas a democracia¹⁸⁷⁴.

Para Ubillos (1997, p. 219-237), é cada vez menor o número de autores que negam a relevância dos direitos fundamentais no âmbito privado. Para esses, entretanto, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais seria desnecessária, porque se poderiam alcançar os mesmos resultados mediante os instrumentos do direito civil. O principal argumento é o da

¹⁸⁶⁶ MACHADO, J. **Liberdade de Expressão**. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 410.

¹⁸⁶⁷ NOVAIS, J. R. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 23.

¹⁸⁶⁸ STRICKLAND, H. C. The State Action Doctrine and the Rehnquist Court. In: **Hastings Constitutional Law Quarterly**, v. 18, p- 591-592, 1991. Refere-se como exceção à disposição da décima terceira emenda sobre a proibição da escravidão aplica-se aos particulares.

¹⁸⁶⁹ Ibidem, p. 591-592; TRIBE, L. H. Refocusing the “State Action” Inquiry: Separating State Acts from State Actors. In: **Constitutional Choices**, p. 246, 1985.

¹⁸⁷⁰ Ibidem, p. 592.

¹⁸⁷¹ HUHNS, W. R. The State Action Doctrine and the Principle of Democratic Choice. In: **Hofstra Law Review**, v. 34, p. 1379-1460, 2010, p. 1379-1460.

¹⁸⁷² Ibidem, p. 1381.

¹⁸⁷³ Ibidem, p. 1381.

¹⁸⁷⁴ Ibidem, p. 1382.

degradação da autonomia privada. Tal teoria não acompanha a concepção de direitos fundamentais adotada por grande parte da doutrina e baseia-se em fundamentos superados pelos desenvolvimentos históricos dos direitos fundamentais¹⁸⁷⁵.

Na Europa, desenvolveu-se a teoria da eficácia mediata ou indireta por Günther Dürig, em 1956¹⁸⁷⁶, para a qual, os direitos fundamentais aplicam-se nas relações jurídicas entre particulares somente por meio das cláusulas gerais do direito privado¹⁸⁷⁷. Essa teoria baseou-se na rejeição da ideia do efeito direto dos direitos constitucionais no direito privado e optou por uma solução intermediária, na ideia de efeito indireto. Tinha como centro a preservação do princípio da autonomia privada e a independência do direito privado¹⁸⁷⁸. Daí porque o princípio constitucional da liberdade e do livre desenvolvimento da personalidade deveria ser o postulado básico¹⁸⁷⁹. Os adeptos recorrem ao direito de liberdade, positivado pela maioria das constituições democráticas com o objetivo de inviabilizar qualquer efeito absoluto de direitos fundamentais nas relações privadas¹⁸⁸⁰.

Os direitos fundamentais seriam, primariamente, direitos de defesa da liberdade contra o poder do Estado, e não se justificaria que vinculassem também os particulares, uma vez que se pressupunha serem sujeitos iguais¹⁸⁸¹. Conforme Steinmetz (2004, p. 136-137), podem-se deduzir algumas premissas: os efeitos das normas de direitos fundamentais nas relações privadas operam-se por meio de parâmetros típicos do direito privado, e não por força da constituição; a eficácia é condicionada pela mediação necessária concretizadora do legislador de direito privado e do juiz e dos tribunais; a incidência de direitos fundamentais dá-se porque existem normas-princípio; e a mediação pelo legislador ou pelo magistrado conserva a autonomia privada das partes e da identidade do direito civil que responde melhor ao princípio da certeza jurídica.

¹⁸⁷⁵ Ubbillos (1997, p. 8) identifica que as cortes dos EUA têm iniciado uma mudança na orientação baseada na *state action doctrine*, inclinando-se para a incidência imediata dos direitos fundamentais. O autor afirma que as emendas constitucionais XIII e XIV autorizam o legislador americano a desenvolver uma legislação apropriada aos quadrantes constitucionais e sustenta a superação dessa corrente.

¹⁸⁷⁶ ANDRADE, 2010, p. 236.

¹⁸⁷⁷ DIÓGENES JR., J. E. N. Breves apontamentos relacionados à eficácia horizontal dos direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. XV, n. 100, 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura_artigo_id=11762>. Acesso em: 23 set. 2014.

¹⁸⁷⁸ CHEREDNYCHENKO, O. O. Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity? In: **Utrecht Law Review**, v. 3, issue 2, p. 1-25, 2007.

¹⁸⁷⁹ ANDRADE, 2010, p. 236.

¹⁸⁸⁰ BAGGIO, R. C.; MARQUES, S. S. Vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais: breves considerações da Filosofia Constitucional. In: **Revista Direito e Práxis**, v. 4, n. 7, p. 242-266, 2013.

¹⁸⁸¹ ANDRADE, 2010, p. 236.

Para Ubillos (2006, p. 311), esta seria uma solução intermediária diante da dificuldade de reconhecimento do efeito horizontal em sua versão pura. Nesse caso, os preceitos constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, ou, em alguns casos, colmatando as lacunas, dentro do “espírito do direito privado”¹⁸⁸². Conforme Ubillos (2006, p. 315), essa concepção implica uma degradação dos direitos fundamentais, pois deixa de caracterizar direitos subjetivos perfeitamente delimitados para transformar-se em valores e princípios¹⁸⁸³. A teoria foi aplicada no julgamento do caso Lüth e, desde então, recebeu destaque e adoção por parte da doutrina e da jurisprudência alemã¹⁸⁸⁴. Daí passou-se a admitir que os tribunais estão vinculados pelos direitos constitucionais¹⁸⁸⁵.

Por outro lado, a teoria da aplicabilidade imediata ou direta, defendida inicialmente por Hans Carl Nipperdey, na década de 1950, e depois por Walter Leisner, sustenta a validade absoluta (*erga omnes*) dos direitos fundamentais¹⁸⁸⁶. Parte da premissa de Nipperdey, de que os perigos para os direitos fundamentais dos cidadãos na sociedade do século XX não surgem apenas do Estado, mas também dos grupos sociais que detêm uma parcela cada vez maior do poder social e econômico, bem como que se caracteriza como um poder real que se impõe aos indivíduos de várias maneiras e que tem condições de afetar zonas e aspectos relevantes de sua vida e personalidade¹⁸⁸⁷.

Ao reconhecer que a ofensa a direitos fundamentais pode provir não apenas do Estado, mas de múltiplos atores, admite-se que os cidadãos e os direitos fundamentais de que são titulares devem ser protegidos não apenas contra as ofensas estatais, mas, sobretudo, das

¹⁸⁸² UBILLOS, 2006, p. 237. As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados corresponderiam aos pontos de ingresso dos direitos fundamentais no direito civil (SARLET, 2000, p. 70 e ss).

¹⁸⁸³ Baggio e Marques (2013) salientam a existência de dissensos entre os que compartilham o modelo de efeitos indiretos como proposta teórica. Canaris (2010, p. 218) critica a tese de irradiação dos direitos fundamentais sobre o direito privado sob o fundamento de que o vocábulo “irradiação” não designa um conceito jurídico, mas apenas uma expressão imagética da linguagem coloquial que pouco explica em termos dogmáticos. O autor questiona a utilidade das cláusulas gerais, através das quais os direitos fundamentais incidiriam sobre o tráfico jurídico-privado, de modo que assume como impensável afirmar que o recurso às cláusulas gerais possa atender à totalidade das demandas em torno da influência de direitos fundamentais sobre as relações entre particulares.

¹⁸⁸⁴ VIEIRA, 2006, p. 6. Para Bomhoff (2008, p. 121-124), a decisão no caso Lüth pode ser vista como fundamental, em primeiro, porque está na origem da propagação e aceitação de doutrinas sobre o efeito horizontal das normas constitucionais, e, em segundo, porque pode ser considerada a base do que veio a ser chamado “paradigma do pós-guerra” de julgamento de direitos constitucionais.

¹⁸⁸⁵ Para os defensores dessa teoria, a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas ocasionaria uma desconfiguração do direito privado, pois a autonomia da vontade seria extinta como princípio das relações privadas (KUMM, 2006). Entendem que as regras destinadas às relações entre particulares têm prioridade sobre os direitos fundamentais (SMITS, 2006).

¹⁸⁸⁶ ANDRADE, 2010, p. 237.

¹⁸⁸⁷ *Ibidem*, p. 238. Hesse (1998) afirma que a liberdade humana é posta em perigo não só pelo Estado, mas também por poderes não estatais que na atualidade podem ficar mais ameaçadores do que as ameaças do Estado.

perpetradas pelos poderes sociais¹⁸⁸⁸. À medida que o processo de socialização nas sociedades contemporâneas veio demonstrar não se estar perante a sociedade de homens iguais que o liberalismo pretendeu criar, revelou-se a necessidade de estender a proteção dos direitos individuais às relações de direito privado¹⁸⁸⁹.

Pela teoria da eficácia direta, os direitos fundamentais poderiam ser invocados nas relações privadas, independentemente de mediação por parte do legislador, ressalvando-se a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares¹⁸⁹⁰. A dignidade humana continua a ser o ponto de partida, não como liberdade do indivíduo isolado, mas como livre desenvolvimento da personalidade de homens solidários integrados em uma sociedade e responsáveis perante ela¹⁸⁹¹.

Ubillos (2006, p. 263-293) justifica a posição favorável à eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares com os argumentos de que o fenômeno do poder não é privativo das relações entre o cidadão e o Estado, de que a constituição é a norma sobre a qual se assenta a unidade do ordenamento jurídico, no reconhecimento da fronteira difusa entre público e privado e na força expansiva dos direitos fundamentais. As críticas sustentam que a teoria gera insegurança jurídica por permitir que os conflitos privados sejam solucionados com base em princípios constitucionais vagos e abstratos, cuja aplicação é, muitas vezes, imprevisível. Ainda que implique em uma atribuição de poderes excessivos ao juiz em detrimento do legislador, que seria quem deveria ponderar os direitos e os interesses constitucionais em jogo nos litígios privados, desvirtuando a separação de poderes. Argumenta-se o fato de colocar em risco a autonomia e a identidade do direito privado, permitindo sua colonização pelo direito constitucional e, ainda, que a vinculação direta compromete a autonomia privada¹⁸⁹².

Desde o início, os defensores da eficácia imediata afirmavam que essa aplicação não existia em todos eles, sendo necessário ver, para cada direito específico, se ele vinculava, e até que ponto, o comportamento dos particulares¹⁸⁹³. Nipperdey considerava que a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não poderia ser respondida de forma geral, daí alguns considerarem que a defesa dessa teoria circunscreve-se a uma eficácia direta

¹⁸⁸⁸ VIEIRA, 2006, p. 13. Perez Luño (1986, p. 25) afirma que desde o trânsito do Estado liberal ao Estado social de direito produziu-se, naturalmente, a extensão do impacto dos direitos fundamentais a todos os setores do ordenamento jurídico e também no âmbito das relações entre os indivíduos.

¹⁸⁸⁹ MACCRORIE, 2005, p. 16.

¹⁸⁹⁰ DIÓGENES JR., 2012, p. 2.

¹⁸⁹¹ ANDRADE, 2010, p. 238.

¹⁸⁹² MACCRORIE, 2005, p. 70-71.

¹⁸⁹³ *Ibidem*, p. 81.

atenuada e casuística, pois, apenas perante o caso concreto, seria possível vislumbrar se os interesses e o jogo justificariam a limitação da autonomia privada pela aplicação de um direito fundamental¹⁸⁹⁴.

No espaço determinado pelas posições que sustentam a eficácia direta, apareceram propostas diferenciadas que procuram equilibrar os valores conflitantes em jogo¹⁸⁹⁵. A teoria da convergência estatista, defendida por Jürgen Schwabe, na doutrina alemã, sustenta que a atuação dos particulares no exercício da autonomia privada é sempre produto de uma autorização estatal, sendo as ofensas aos direitos fundamentais sempre oriundas do Estado, já que a este cumpre protegê-los¹⁸⁹⁶. Em relação ao exercício de funções análogas às públicas por particulares, parte-se da mesma concepção que serviu de base para a doutrina da ação estatal (*state action*)¹⁸⁹⁷.

Segundo Cottim (2006, p. 43), o desenvolvimento de uma compreensão coerente da noção de *state action* deve começar com respostas a perguntas como: qual a natureza do autor, a natureza da função, a natureza da ação desenvolvida e a natureza das salvaguardas. Assim, é possível identificar se há convergência estatal suficiente para a aplicação da *state action*. O que se verifica é que, por vezes, há relações de poder privado semelhantes às relações de poder típicas do direito administrativo¹⁸⁹⁸. Essa situação tem sido cada vez mais frequente no âmbito do que tem sido designado “administração concertada”¹⁸⁹⁹. Nesse sentido, os particulares, no exercício de funções tipicamente administrativas, estariam abrangidos pela *state action*, devendo ser tratados como entidades públicas¹⁹⁰⁰, pois são reconhecidos como agentes do Estado¹⁹⁰¹.

A aplicação da teoria da convergência estatal também está relacionada aos casos em que se está diante de grupos ou organizações que exercem poderes sobre seus membros. Em certos casos, as entidades privadas dispõem de um poder econômico ou social suscetível de conformar aspectos relevantes da vida dos indivíduos não membros, chegando a dispor de

¹⁸⁹⁴ Ibidem, p. 81, nota 228.

¹⁸⁹⁵ VIEIRA, 2006, p. 239.

¹⁸⁹⁶ MACCRORIE, 2005, p. 37.

¹⁸⁹⁷ Ibidem, p. 38.

¹⁸⁹⁸ ANDRADE, 2010, p. 248. O que ocorre no âmbito de alguns contratos administrativos cujo objeto é o próprio exercício do poder administrativo; KIRKBY, M. **Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 19.

¹⁸⁹⁹ Ibidem, p. 26. Ainda Estorninho (1999, p. 44).

¹⁹⁰⁰ ANDRADE, 2010, p. 247-248 (nota 40).

¹⁹⁰¹ COTTIM, A. A. **Da Vinculação de Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais: Contributo para uma teoria de construção**. Relatório (Mestrado) apresentado à Faculdade de Direito da Faculdade de Lisboa, 2006, p. 43, nota 148. Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/privadas.pdf>. Acesso em: 01 set. 2014.

poderes normativos, tolerados ou institucionalizados¹⁹⁰². Com isso, o Estado, ao proteger as atividades privadas por regulação jurídica, atividade judicial e da intervenção executiva, participa no processo de lesão que, por isso, deve ser-lhe imputável¹⁹⁰³. Ao não proibir intervenções de particulares em bens jusfundamentalmente protegidos, o Estado está a permiti-las, correspondendo a essas permissões estatais a imposição de deveres de tolerância a outros particulares¹⁹⁰⁴.

Pela teoria dos deveres de proteção, de outro lado, admite-se que os preceitos relativos aos direitos fundamentais dirigem-se em primeira linha às relações entre os particulares e os poderes públicos, mas estes, além do dever de respeitar, abstendo-se de violar aqueles e de criar as condições para sua realização, teriam ainda o dever de protegê-los contra ameaças, inclusive as que resultem da atuação de outros particulares¹⁹⁰⁵. Essa teoria parte da distinção entre os direitos fundamentais enquanto proibições de intervenção ou direitos de defesa em relação ao Estado e direitos fundamentais enquanto imperativos de tutela ou deveres de proteção¹⁹⁰⁶. Os direitos de defesa visam que o Estado omita intervenções, e os imperativos de tutela visam que este assegure que terceiros abstenham-se de intervenções nesses direitos¹⁹⁰⁷. Além da função tradicional, descobrem-se nas normas que consagram direitos fundamentais imperativos de tutela, impondo a proteção de níveis mínimos de disponibilidade efetiva das posições subjetivas de liberdade sobre o que recaem¹⁹⁰⁸. Na prática, trata-se de considerar que os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais, mas é ao Estado que compete criar as condições para que o particular não viole esses direitos¹⁹⁰⁹, o que pode dar-se tanto por meio da legislação como pela interpretação conferida pelos tribunais¹⁹¹⁰. Esse dever de proteção refere-se a um dever geral, decorrente do princípio do Estado de Direito e do monopólio estatal do uso da autoridade e da força legítima¹⁹¹¹.

¹⁹⁰² ANDRADE, 2010, p. 249. Caso das federações desportivas, relativamente ao desporto federado, bem como, em certa medida, dos sindicatos e associações patronais em matéria de contratação coletiva ou dos acordos entre empresas sobre condições negociais (Ibidem, p. 249, nota 45).

¹⁹⁰³ MACCRORIE, 2005, p. 37.

¹⁹⁰⁴ Ibidem, p. 37.

¹⁹⁰⁵ ANDRADE, 2010, p. 241.

¹⁹⁰⁶ MACCRORIE, 2005, p. 28.

¹⁹⁰⁷ Ibidem, p. 28.

¹⁹⁰⁸ Ibidem, p. 28.

¹⁹⁰⁹ COTTIM, 2006, p. 48.

¹⁹¹⁰ Ibidem, p. 48.

¹⁹¹¹ MACCRORIE, 2005, p. 29. Para Andrade (2010, p. 243), o dever de proteção aparece associado a um imperativo de proteção suficiente, formulado como princípio de proibição do *déficit*, que não tem que ser visto como uma proteção mínima, mas também não impõe uma proteção máxima, na medida em que tem que respeitar o princípio da proporcionalidade, e que há de respeitar a liberdade constitutiva do legislador.

Há autores, como Schwabe, que ultrapassam a ideia do mero dever de proteção e retiram do monopólio estatal da autoridade a ideia da responsabilidade pública por qualquer agressão, por privados, dos direitos fundamentais de uma pessoa, ao afirmar que a ofensa é sempre imputável ao Estado, tendo em vista que ou foi permitida por uma lei, ou pela ausência desta quando não resultou da falta de prevenção ou repressão do descumprimento da lei em vigor¹⁹¹². Todavia, no âmbito de uma ordem jurídica baseada na liberdade e na responsabilidade individual, essa concepção parece um tanto extrema, já que o Estado só pode ser corresponsabilizado quando houver incumprimento de um dever específico, seja de proteção do legislador, seja de cumprimento da lei pelo poder administrativo ou judicial¹⁹¹³.

Para a crítica, a partir do momento em que se considera que não só o legislador, mas também os juízes estão vinculados aos direitos fundamentais, haverá poucas diferenças com a teoria da eficácia imediata¹⁹¹⁴. Isso porque, para a teoria dos deveres de proteção, os indivíduos, na regulação de seus assuntos pelo direito privado, não se encontram vinculados aos direitos fundamentais, contudo, os mesmos assuntos, quando levados a juízo, têm de ser avaliados por meio das valorações da constituição, pela vinculação do julgador aos direitos fundamentais¹⁹¹⁵.

Da análise das teorias sobre a aplicação dos direitos fundamentais aos particulares, pode-se constatar que acabam por concordar em dois pontos: por um lado, os sujeitos privados poderosos não podem ser tratados como quaisquer outros indivíduos e, por outro, devem ser consideradas ilícitas nas relações privadas as diferenças de tratamento ou restrições que atinjam a dignidade humana, não podendo, contudo, destruir-se a autonomia pessoal e a liberdade negocial¹⁹¹⁶. Assim, há de distinguir-se entre duas situações: uma quando se estiver diante de uma relação jurídico-privada típica, com as partes em patamar de igualdade, ocasião em que não haverá que cogitar a incidência dos direitos fundamentais, pois a isonomia estará resguardada¹⁹¹⁷; outra quando a relação apresentar um dos particulares em posição de superioridade, caso em que a incidência dos direitos fundamentais terá como finalidade o restabelecimento da igualdade¹⁹¹⁸.

¹⁹¹² Ibidem, p. 243.

¹⁹¹³ Ibidem, p. 243.

¹⁹¹⁴ MACCRORIE, 2005, p. 67.

¹⁹¹⁵ Ibidem, p. 67.

¹⁹¹⁶ Ibidem, p. 62. Também: ANDRADE, 2010, p. 240.

¹⁹¹⁷ GONÇALVES, R. M. V. Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas. In: **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, v. 1, n. 1, p. 409-444, 2005.

¹⁹¹⁸ Ibidem, p. 409-444.

Barroso (2005) destaca que, com exceção da jurisprudência norte-americana, há razoável consenso de que as normas constitucionais aplicam-se, em alguma medida, às relações particulares, e a divergência está na determinação do modo e da intensidade dessa incidência. Isso decorre do reconhecimento de que a agressão a direitos, liberdades e garantias pode resultar não apenas dos poderes públicos, mas também de poderes sociais ou privados¹⁹¹⁹. Para Ubillos (2006), a realidade desmente a existência de uma paridade jurídica em boa parte dos vínculos entre particulares¹⁹²⁰. É inegável que o desenvolvimento das relações capitalistas, o acúmulo de capitais pelos agentes econômicos, o agravamento das desigualdades sociais e o afastamento estatal das relações de mercado, por conta do pensamento neoliberal, são fatores que fomentaram e fortaleceram o surgimento de um importante fenômeno social que se verifica desde o constitucionalismo social, qual seja, o exercício do poder social, ou poderes privados, por agentes ou grupos econômicos nas relações jurídicas com os indivíduos¹⁹²¹.

De acordo com Andrade (2010, p. 247), não estará em causa um “efeito externo”, “indireto” ou “horizontal” dos preceitos relativos aos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, mas a investidura dos particulares como sujeitos passivos dos direitos subjetivos fundamentais no âmbito das relações privadas. A depender do tamanho da desigualdade, é possível uma relação vertical em ajustes privados¹⁹²². Para Sarlet (2009, p. 375), a expressão eficácia horizontal não dá conta das situações de desigualdade de poder entre indivíduos e portadores de poder social, que, quanto ao exercício de poder e imposição da vontade em detrimento da outra parte da relação jurídico-privada, assumem feições similares às relações entre particulares e o poder público. Por isso, entende apropriado tratar da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ou à eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares.

Além dos casos em que a constituição expressamente concebe os direitos perante privados, só deverá aceitar-se a transposição direta dos direitos fundamentais para as relações entre particulares quando se trate de situações em que pessoas coletivas (ou excepcionalmente

¹⁹¹⁹ CANOTILHO, 2003, p. 1293.

¹⁹²⁰ Segundo afirma Ubillos (2006, p. 303), o direito privado conhece o fenômeno da autoridade do poder, como capacidade de determinar ou condicionar juridicamente ou de fato as decisões de outros, de influenciar eficazmente o comportamento de outros, de impor a própria vontade.

¹⁹²¹ MARTINS, T. P. **A eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas entre operadoras de planos de assistência à saúde e seus beneficiários**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito de Empresa) - Faculdade de Direito Milton Campos: Nova Lima, 2010.

¹⁹²² SARLET, 2009, p. 375.

indivíduos) disponham de poder especial de caráter privado sobre (outros) indivíduos¹⁹²³. Para Andrade (2010, p. 249), estar-se-á diante de relações de poder, o que justifica a proteção da liberdade dos homens comuns em situação de vulnerabilidade, ainda que o poder em causa não seja necessariamente jurídico, se for um poder de fato inequívoco e objetivamente determinável, configura-se a possibilidade de aplicação.

Esse parâmetro de desigualdade ou poder social não deve ser entendido como critério classificatório que permita em abstrato determinar as entidades que, além do Estado e outras pessoas coletivas públicas, seriam sujeitos passivos dos direitos fundamentais. Trata-se de um critério teleológico que, em concreto, permite estender por analogia e graduar a eficácia dos direitos e liberdades nas relações privadas¹⁹²⁴. De acordo com a natureza específica, a razão de ser e a intensidade do poder exercido, os particulares poderão invocar direitos fundamentais que assegurem sua liberdade e exigir igualdade em relação a outros indivíduos nas mesmas circunstâncias¹⁹²⁵.

Em todo caso, a vinculação das entidades privadas poderosas pelos direitos fundamentais raramente se produzirá em termos semelhantes à dos poderes públicos, pois estão excluídas as faculdades de exigir a proteção positiva dos direitos e liberdades que só podem ter como destinatário o Estado¹⁹²⁶. Ademais, as entidades privadas são também titulares de direitos, liberdades e garantias (ainda que, no caso das pessoas coletivas, em termos limitados), o que poderá implicar uma ponderação dos direitos ou valores em conflitos¹⁹²⁷, em que devem ser considerados os elementos do caso concreto¹⁹²⁸.

Sarmento (2006, p. 272) salienta alguns parâmetros: quanto maior a desigualdade fática dos envolvidos, mais intensa deverá ser a proteção ao direito fundamental e menor a tutela da autonomia privada, e quanto maior a essencialidade do bem da vida perseguido, maior deverá ser sua proteção, cedendo a autonomia privada a direitos reputados indispensáveis ao exercício satisfatório da personalidade. Andrade (2010, p. 250) destaca que há quem tenha apresentado reservas à utilização do conceito poder privado como categoria operativa, ao afirmar que a vinculação dos particulares aos direitos subjetivos fundamentais

¹⁹²³ ANDRADE, 2010, p. 248.

¹⁹²⁴ Ibidem, p. 250.

¹⁹²⁵ Ibidem, p. 250.

¹⁹²⁶ Ibidem, p. 250, nota 48.

¹⁹²⁷ Ibidem, p. 250.

¹⁹²⁸ Para a ponderação entre autonomia da vontade *versus* outro direito fundamental, Barroso (2005, p. 34) destaca que merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (e.g., se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério; c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana.

existe no que diz respeito ao núcleo essencial dos direitos e vale para todos os particulares. Outro aspecto refere-se ao temor de que, com a ponderação, instale-se um governo dos juízes, por terem a possibilidade de dominar a aplicação das normas de direito privado, substituindo-se ao legislador e, em certa medida, aos próprios particulares, pela aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais¹⁹²⁹.

Entretanto, nas situações em que pessoas coletivas, grupos, ou indivíduos detenham posição de domínio econômico ou social, não se deve permitir que invoquem a liberdade negocial para escolher arbitrariamente a contraparte ou impor a exclusão de terceiros¹⁹³⁰. Ou seja, se houver uma relação jurídica privada de poder em que um dos particulares exerça sobre outro incontestável superioridade, há de aplicar-se, como forma de desfazimento da disparidade, os direitos fundamentais¹⁹³¹.

4 A questão da eficácia horizontal dos direitos humanos

4.1 A posição doutrinária

No Direito Internacional, os instrumentos voltam-se essencialmente à prevenção e à punição de violações de direitos humanos atribuíveis ao Estado, o que indica desafios e lacunas diante de abusos praticados por entidades não estatais¹⁹³². O exame deste problema é necessário, pois a solução que se venha a dar poderá contribuir com o aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção internacional da pessoa humana¹⁹³³. Com isso, a questão que se coloca é quais os deveres, se é que há, que os direitos humanos estabelecem para indivíduos, empresas e outros atores privados¹⁹³⁴.

Por muito tempo, a resposta foi a de que os direitos humanos colocavam deveres aos Estados em relação aos direitos dos indivíduos e criavam pouco ou nenhum dever aos

¹⁹²⁹ ANDRADE, 2010, p. 251.

¹⁹³⁰ MACCRORIE, 2005, p. 57.

¹⁹³¹ ANDRADE, J. C. V. de. Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. In: **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra, n. 5, p. 139-161, 2003.

¹⁹³² TRINDADE, A. A. C. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do Século XXI. In: CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL, 23., Rio de Janeiro, 31 jul.-25 ago. 2006. **Volumen de las clases impartidas en el...** Washington, 2007. p. 240. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/esp/407490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

¹⁹³³ Ibidem, p. 240.

¹⁹³⁴ KNOX, J. H. Horizontal Human Rights Law. In: **American Journal of International Law**, v. 102, n. 1, p. 1, 2008.

particulares, ou seja, apenas alinham-se verticalmente e não horizontalmente¹⁹³⁵. Essa visão passou a ser questionada pela importância dos atores não estatais, como ONGs, empresas multinacionais, bancos multinacionais, instituições internacionais, algumas com imensa influência, como o BM e o FMI¹⁹³⁶.

Alston (2005, p. 3) chama atenção para a definição adotada pelo direito internacional ao designá-los “atores não estatais”, que opta por referir o que esses atores não são, de modo a marginalizar uma parte significativa do regime internacional dos direitos humanos de seus desafios mais importantes no século XXI. Para ele, a questão não se refere à mera linguagem, mas a uma opção para reforçar o pressuposto de que o Estado não é apenas o ator central, mas a peça indispensável em torno da qual giram as outras entidades. Por isso, para o discurso jurídico internacional, com a linguagem dos direitos humanos, as outras entidades só podem ser identificadas em termos de sua relação com o Estado¹⁹³⁷. Embora se reconheça a importância do Estado, o que se coloca em causa é a adoção de uma perspectiva unidimensional que dificulta a adaptação do regime dos direitos humanos às mudanças dos últimos anos¹⁹³⁸. A pretensão do regime em assegurar a responsabilização dos principais atores estará comprometida, se não tiver êxito na elaboração de um quadro mais eficaz, que tenha em conta o papel de atores não estatais¹⁹³⁹.

Atualmente, grandes atores escapam do alcance das normas de direitos humanos. Nem mesmo os abusos cometidos pelas empresas multinacionais têm servido para afastar a relutância dos que sustentam uma posição tradicional no direito internacional¹⁹⁴⁰. Porém, a noção de que outras entidades que não apenas o Estado ameaçam direitos humanos não é nova, como se verificou em nível interno. Nesse âmbito, sustenta-se que os direitos fundamentais criam não apenas direitos subjetivos contra a interferência das autoridades públicas, mas que contêm valores que permeiam a ordem jurídica¹⁹⁴¹. Embora os instrumentos de proteção internacional incorporem obrigações de conteúdo e alcance variáveis, deve-se

¹⁹³⁵ Ibidem, p. 1.

¹⁹³⁶ ALSTON, P. The ‘not a cat’ syndrome: can the international human rights regime accommodate non-state actors? In: ALSTON, P. (Ed.). **Non-State actors and human rights**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 3.

¹⁹³⁷ Ibidem, p. 4.

¹⁹³⁸ Ibidem, p. 6.

¹⁹³⁹ Ibidem, p. 6.

¹⁹⁴⁰ Ibidem, p. 6.

¹⁹⁴¹ JÄGERS, 2002, p. 37.

considerar a natureza jurídica das obrigações e a possibilidade de aplicá-las a toda a comunidade internacional¹⁹⁴².

No início do movimento dos direitos humanos, as propostas incluíam a adoção de deveres, e a maior parte consistia em deveres aos indivíduos, à comunidade e ao Estado¹⁹⁴³. Contudo, os negociadores da DUDH decidiram que, enquanto os seres humanos têm deveres para com suas sociedades, qualquer esforço para inserir tais direitos no direito internacional, em uma base de igualdade com os direitos humanos, forneceria aos governos desculpas para limitá-los¹⁹⁴⁴. Assim, voltaram a atenção às restrições à capacidade do governo em limitar os direitos humanos.

Apesar disso, é possível encontrar disposições nas quais a eficácia horizontal dos direitos humanos pode ser inferida¹⁹⁴⁵, como o preâmbulo da DUDH, dos pactos internacionais sobre direitos humanos e diversas outras convenções. Expressões como “todos os órgãos da sociedade”¹⁹⁴⁶, “os indivíduos possuem deveres em relação a outros indivíduos e a comunidade internacional”¹⁹⁴⁷, “indivíduos, grupos, instituições e organizações não governamentais possuem um importante papel”¹⁹⁴⁸, “obrigações para os Estados, instituições, grupos e indivíduos”¹⁹⁴⁹ mostram que não há impedimento conceitual para a definição de obrigações para atores não estatais e que a ONU tem visto a conduta de tais atores como sujeita aos padrões internacionais universais¹⁹⁵⁰.

Entre os exemplos, estão as normas do PIDESC, que estabelecem direitos trabalhistas e que se referem não apenas a casos em que o Estado é empregador, mas a casos em que o empregador é privado¹⁹⁵¹. Do mesmo modo, o art. 14 da CADH, ao estabelecer o direito de retificação ou resposta, é claro que todos os meios de comunicação, não apenas os estatais, estão sujeitos a essa norma¹⁹⁵². Ainda, a Convenção sobre os Direitos da Criança, nos arts. 3º, 18 e 27, indica o caráter de sujeito passivo de um particular¹⁹⁵³. Também a Convenção para

¹⁹⁴² TRINDADE, 2007, p. 241.

¹⁹⁴³ KNOX, 2008, p. 3.

¹⁹⁴⁴ Ibidem, p. 3.

¹⁹⁴⁵ COURTIS, 2007, p. 53.

¹⁹⁴⁶ Preâmbulo da DUDH.

¹⁹⁴⁷ O quinto parágrafo preambular, tanto do PIDCP e do PIDESC, contém tal disposição.

¹⁹⁴⁸ Art. 18 da Declaração dos Defensores de Direitos Humanos.

¹⁹⁴⁹ Art. 2º da Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação racial. Contém disposição semelhante a Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

¹⁹⁵⁰ WEISSBRODT, D.; KRUGER, M. Businesses as Non-State Actors. In: ALSTON, P. (Ed.). **Non-State actors and human rights**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 331.

¹⁹⁵¹ COURTIS, 2007, p. 53.

¹⁹⁵² Ibidem, p. 58.

¹⁹⁵³ Ibidem, p. 59.

Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher constitui um catálogo que estabelece a proibição da discriminação contra a mulher tanto na esfera pública como na privada, nos arts. 2º, 5º, e 11¹⁹⁵⁴. A Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial inclui disposições semelhantes, no art. 2º, d¹⁹⁵⁵. Isso indica um consenso sobre a importância das ameaças dos indivíduos e entidades privadas aos direitos humanos¹⁹⁵⁶.

Sobre a vinculação das empresas aos direitos humanos, o art. 2º da Convenção da OCDE sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais dispõe que “cada Parte adotará as medidas que se revelarem necessárias, em conformidade com os seus princípios jurídicos para estabelecer a responsabilidade das pessoas jurídicas pela corrupção de um funcionário público estrangeiro”¹⁹⁵⁷. A Convenção Internacional sobre a Responsabilidade Civil pelos Prejuízos Devidos à Poluição de Petróleo e a Convenção sobre Responsabilidade Civil por Danos Resultantes de Atividades Perigosas para o Ambiente colocam responsabilidades às empresas ao estenderem seu alcance às pessoas jurídicas. Além disso, a Convenção Global sobre o Controle dos Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos, que declara criminoso qualquer movimento ilegal de resíduos perigosos, define que as pessoas devem ser responsabilizadas como qualquer pessoa singular ou coletiva¹⁹⁵⁸. A Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho estende-se às pessoas jurídicas e não jurídicas, e as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais mencionam o papel das empresas em respeitar os direitos humanos daqueles afetados por suas atividades¹⁹⁵⁹.

Esse conjunto de normas, que varia em sua aplicabilidade, demonstra, além da inexistência de barreira conceitual para a aplicação de obrigações internacionais a atores não estatais, que muitas obrigações já se aplicam por meio dos deveres dos Estados, ou das obrigações dos indivíduos, que podem ser seus diretores, e que pode haver regras que poderiam ser feitas para aplicar explicitamente às empresas¹⁹⁶⁰. Assim, os argumentos a favor da eficácia horizontal dos direitos humanos emanam da própria natureza dos direitos¹⁹⁶¹. Ademais, várias normas de direitos humanos estabelecem obrigações estatais destinadas a

¹⁹⁵⁴ *Ibidem*, p. 60.

¹⁹⁵⁵ *Ibidem*, p. 61.

¹⁹⁵⁶ CLAPHAM, 1993, p. 97.

¹⁹⁵⁷ WEISSBRODT; KRUGER, 2005, p. 334.

¹⁹⁵⁸ *Ibidem*, p. 334.

¹⁹⁵⁹ *Ibidem*, p. 334.

¹⁹⁶⁰ *Ibidem*, p. 334-335.

¹⁹⁶¹ JÄGERS, 2002, p. 40.

impedir ou reparar a intervenção indevida de outros particulares contra o bem consagrado por um direito humano, ou seja, autorizam o Estado a atuar contra a conduta do particular que agride o bem de outro particular, de modo que impõe ao agressor ao menos a obrigação de suportar a ação protetiva estatal e, de modo mais amplo, a de não afetar esse bem¹⁹⁶². Portanto, o dever dos Estados de proteger indivíduos ou grupos de violações de direitos humanos por parte de agentes privados é bem estabelecido no direito internacional, implicando a obrigação em adotar medidas preventivas, como a promulgação de legislação e o estabelecimento de mecanismos de regulação e vigilância para prevenir violações de direitos humanos na esfera privada¹⁹⁶³. Do mesmo modo, o Estado deverá adotar medidas sempre que as violações sejam constatadas¹⁹⁶⁴.

Para Knox (2008, p. 18), os mesmos tratados de direitos humanos que se recusam a listar os deveres dos indivíduos reconhecem que atores privados podem violá-los e estabelecem bases para um regime de deveres destinados a proteger os direitos humanos de tais violações; esse regime horizontal estabelece deveres aos particulares de quatro maneiras: no nível mais baixo, as normas de direitos humanos contemplam que os Estados possuem deveres gerais de limitar as ações particulares que interfiram no gozo de direitos humanos, mas deixam aos governos a tarefa de especificar os deveres aos particulares. No próximo nível, as próprias normas de direitos humanos especificam os deveres aos particulares que os governos são obrigados a impor. Em ambos os níveis, o direito internacional impõe deveres a particulares indiretamente, como um efeito secundário dos deveres que são estabelecidos diretamente aos Estados¹⁹⁶⁵. Em um nível subsequente, as normas de direitos humanos estabelecem diretamente deveres a atores privados, mas continuam a deixar a exequibilidade desses deveres à ordem jurídica nacional. Finalmente, no mais alto nível de comprometimento, as normas de direitos humanos impõem deveres aos particulares por meio dos tribunais internacionais ou outras instituições¹⁹⁶⁶.

Com isso, o direito internacional contempla mais deveres do que os especifica e especifica mais deveres do que diretamente os impõe. Como resultado, os deveres formam uma pirâmide, e, em cada nível, a base conceitual para os deveres dos atores privados resultantes dos direitos humanos é o mesmo: de que o gozo de muitos direitos humanos pode

¹⁹⁶² COURTIS, 2007, p. 62.

¹⁹⁶³ CHIRWA, 2004, p.13.

¹⁹⁶⁴ Ibidem, p. 13-14.

¹⁹⁶⁵ KNOX, 2008, p. 18.

¹⁹⁶⁶ Ibidem, p. 18.

sofrer a interferência de atores privados¹⁹⁶⁷. Entretanto, a oponibilidade dos direitos humanos entre particulares tem sido debatida, e há várias interpretações. As opiniões variam da negação ao reconhecimento da *Drittwirkung*, e os argumentos estão frequentemente baseados na definição do conceito implícito¹⁹⁶⁸. Para alguns, há diferença entre aplicabilidade e exequibilidade¹⁹⁶⁹, e, nessa perspectiva, a eficácia horizontal significa que as disposições de direitos humanos aplicam-se também às relações entre particulares, além de ser definida como a possibilidade de o indivíduo apresentar uma reclamação contra outro particular. Nessa abordagem, a exequibilidade é considerada de suma importância, e duas formas de *Drittwirkung* podem ser encontradas¹⁹⁷⁰.

Há aquela conhecida como eficácia direta, na qual o indivíduo pode apresentar a reclamação diretamente contra um particular, invocando um direito humano diante de um tribunal internacional. Todavia, para alguns, não pode haver efeito horizontal em nível internacional, pois não são fornecidos mecanismos contra entidades não estatais¹⁹⁷¹. Essa posição enseja duas observações: em primeiro, o cumprimento do direito internacional não ocorre apenas em nível internacional¹⁹⁷². Nos Estados em que os tratados são autoexecutáveis, o indivíduo pode invocar os direitos do tratado diante de um tribunal nacional; nessas situações, as normas internacionais possuem eficácia horizontal, ainda que em nível nacional¹⁹⁷³. Em segundo, a existência de obstáculos processuais não significa que não haja obrigações para entidades não estatais; essa posição baseia-se na ideia de que os direitos humanos permeiam todo o sistema legal¹⁹⁷⁴.

A falta de um mecanismo que assegure o cumprimento direto da obrigação por entidades privadas no âmbito internacional significa que o cumprimento pelos particulares é indireto, por meio das obrigações dos Estados¹⁹⁷⁵.

Dáí extrai-se que deve haver proteção a qualquer violação de direitos humanos, e não apenas quando o infrator puder ser identificado como agente do Estado¹⁹⁷⁶. Se de um lado os

¹⁹⁶⁷ Ibidem, p. 19.

¹⁹⁶⁸ JÄGERS, 2002, p. 37.

¹⁹⁶⁹ Ibidem, p. 37.

¹⁹⁷⁰ Ibidem, p. 37.

¹⁹⁷¹ Ibidem, p. 37.

¹⁹⁷² Ibidem, p. 37.

¹⁹⁷³ Ibidem, p. 37; CLAPHAM, 1993, p. 111.

¹⁹⁷⁴ JÄGERS, 2002, p. 38.

¹⁹⁷⁵ Ibidem, p. 38.

¹⁹⁷⁶ CLAPHAM, 1993, p. 134.

atores privados possuem direitos com base nas normas de direitos humanos, também possuem deveres. O que falta é a capacidade prática e política de fazer cumpri-los¹⁹⁷⁷.

4.2 A interpretação das comissões e tribunais de direitos humanos

Como se verificou, no direito interno a discussão seguiu por caminhos diferentes nos continentes americano e europeu, o que influenciou a interpretação dos tribunais de direitos humanos. Enquanto nos EUA a doutrina da ação estatal alcançou destaque, na Alemanha consolidou-se a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais¹⁹⁷⁸.

A questão não foi considerada no momento da redação ou da elaboração da CEDH, embora o tema esteja em evolução na jurisprudência do TEDH¹⁹⁷⁹, no qual alguns afirmam que tem sido sugerido um *Drittwirkung* indireto¹⁹⁸⁰, em que se atribui ao Estado o dever de assegurar a todos, inclusive nas relações interindividuais, a observância dos direitos garantidos contra violações também por outros indivíduos ou grupos. Por isso, o TEDH assume uma espécie de eficácia indireta quando condena algum Estado por não ter dispensado a seus cidadãos proteção efetiva frente a outros particulares¹⁹⁸¹.

Ainda na antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos, no caso *Irlanda v. Reino Unido*, ao comentar o art. 1º da Convenção, evidenciou-se o dever dos Estados em garantir “plenamente” o gozo dos direitos nela constantes. Destacou-se que os Estados tinham não apenas o dever de abster-se de qualquer ato de que decorra uma violação dos direitos consagrados na convenção, mas o dever de assegurar o gozo de tais direitos em seus ordenamentos jurídicos internos, de modo a proibir qualquer ato, de parte dos órgãos e agentes do Estado ou de indivíduos ou de organizações privadas que infrinjam tais direitos¹⁹⁸². A interpretação foi reafirmada no caso *Chipre v. Turquia*, em que se entendeu que o dispositivo requer um amplo alcance, ao afirmar que os direitos deveriam ser assegurados “diretamente a qualquer pessoa sob a jurisdição do Estado”¹⁹⁸³.

¹⁹⁷⁷ KNOX, 2008, p. 19.

¹⁹⁷⁸ MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J. The doctrine of the *Drittwirkung* der Grundrechte in the case law of the Inter-American Court of Human Rights. In: **Revista para el análisis del derecho**, n. 9, p. 1-31, 2008. Disponível em: <www.indret.com/pdf/496_en.pdf>. Acesso em: 07 out. 2014.

¹⁹⁷⁹ TRINDADE, 2007, p. 243.

¹⁹⁸⁰ TRINDADE, 2003, p. 375.

¹⁹⁸¹ MACCRORIE, 2005, p. 7, nota 8.

¹⁹⁸² TRINDADE, 2007, p. 236.

¹⁹⁸³ TRINDADE, 2003, p. 366.

Para Trindade (2007, p. 244), é possível constatar que a matéria regida pela Convenção Europeia presta-se à *Drittwirkung*, pois alguns dos direitos reconhecidos merecem ou exigem proteção contra as autoridades públicas e particulares, e os Estados têm o dever de assegurar a todos a observância dos direitos garantidos contra violações, ainda que por outros indivíduos ou grupos. Por isso, diz-se que o efeito é indireto e realiza-se via obrigação do Estado. Assim, uma violação de direitos humanos por indivíduos ou grupos privados pode ser punida indiretamente quando um Estado deixa de cumprir seu dever de dar a devida proteção para evitar ou punir a violação¹⁹⁸⁴.

Nesse sentido, no caso *López Ostra v. Espanha*¹⁹⁸⁵, o requerente alegou violação dos arts. 8º e 3º da Convenção, em decorrência de cheiro, ruído e gases poluentes emitidos por uma fábrica situada a poucos metros de sua casa. Em que pese o TEDH não ter reconhecido a violação ao art. 3º, por entender que a situação não equivale a tratamento degradante, considerou que o Estado não conseguiu encontrar um equilíbrio entre os interesses econômicos da cidade, designadamente o de ter uma fábrica de tratamento de resíduos, e o gozo efetivo do requerente de seu direito ao respeito a sua casa, sua vida privada e familiar, e entendeu que houve violação ao art. 8º. Portanto, condenou o Estado diante da obrigação de proteger o direito à vida privada em relação às violações perpetradas entre particulares.

No caso *Guerra e outros v. Itália*¹⁹⁸⁶, uma fábrica de fertilizantes lançou grandes quantidades de gás inflamável e outras substâncias tóxicas durante seu ciclo de produção. Em 1976, na sequência de uma explosão na fábrica, houve o vazamento de toneladas de carbonato de potássio e solução de bicarbonato contendo trióxido de arsênio; como resultado, 150 pessoas foram hospitalizadas por envenenamento agudo por arsênico. O TEDH considerou que a Itália foi responsável pela violação do direito à vida privada e familiar ao não agir para proteger as pessoas das emissões e da explosão.

No caso *X e Y v. Holanda*¹⁹⁸⁷, o TEDH parece exigir que os particulares sejam protegidos frente à conduta de outros particulares quando tais ações lesam os direitos da convenção¹⁹⁸⁸. O caso refere-se à situação em que uma menina com deficiência mental foi abusada sexualmente. Quando o pai da menina tentou prestar queixa contra o suspeito, por

¹⁹⁸⁴ TRINDADE, 2007, p. 244.

¹⁹⁸⁵ Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Lopez Ostra versus Espanha*. Julgamento em 9 de dezembro de 1994.

¹⁹⁸⁶ Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Guerra e outros versus Itália*. Julgamento em 19 de fevereiro de 1998.

¹⁹⁸⁷ Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso X e Y versus Netherlands*. Julgamento em 26 de março de 1985.

¹⁹⁸⁸ MACCRORIE, 2005, p. 7-8, nota 8.

conta de uma lacuna no sistema jurídico, considerou-se que ele não tinha a capacidade legal para agir em nome da vítima¹⁹⁸⁹; o tribunal entendeu que a lei holandesa ofereceu proteção insuficiente. Pela decisão, o direito ao respeito pela vida privada, não só protege o indivíduo contra intromissões arbitrárias por parte das autoridades públicas, mas inclui a obrigação de tomar medidas para garantir o respeito pela vida privada, mesmo na esfera das relações dos indivíduos entre si¹⁹⁹⁰. Com isso, o TEDH deu a entender que os Estados estão vinculados a assegurar que os órgãos jurisdicionais nacionais protejam os direitos da convenção porque estes se exercem frente a particulares¹⁹⁹¹.

Ainda no âmbito do TEDH, no caso *Young, James e Webster v. Reino Unido*¹⁹⁹², os demandantes, trabalhadores ferroviários, foram despedidos por não se filiarem a um sindicato de cuja ideologia não partilhavam e a que estariam obrigados em virtude de um acordo firmado entre o sindicato e a empresa na qual trabalhavam. Nessa questão, entendeu-se que, embora a demissão não seja atribuível ao Estado, a legislação estatal que permite tal demissão o é. Portanto, a responsabilidade do Estado deu-se em função de deficiências na legislação¹⁹⁹³. A corte confirmou o entendimento em outras situações, como no caso *Costello-Roberts v. Reino Unido*¹⁹⁹⁴, relativo à utilização de penas corporais em uma escola privada.

Apesar do posicionamento da Corte Europeia, no qual se evidencia que os direitos humanos são aplicáveis nas relações entre particulares, em todas as decisões tem-se ressaltado que a eficácia dos direitos humanos nas relações privadas é mediata, uma vez que a corte não pode aplicar diretamente uma norma da convenção para resolver conflitos entre dois particulares, mas, no máximo, condenar o Estado por não fornecer proteção suficiente contra outros particulares¹⁹⁹⁵. Portanto, embora a corte entenda que os particulares estão vinculados ao cumprimento dos direitos humanos, tem declarado inadmissíveis as reclamações dirigidas

¹⁹⁸⁹ LAWSON, R. Out of control. State Responsibility and Human Rights: Will the ILC's definition of the 'act of state' meet the challenges of the 21st Century?. In: CASTERMANN-HOLLEMAN, M.; HOOF, F. van; SMITH, J. (Eds.). **The Role of the Nation-State in the 21st Century**. Human Rights, International Organisations and Foreign Policy. Essays in Honor of Peter Baehr. Haia: Kluwer Law International, 1998. p. 91-116.

¹⁹⁹⁰ Ibidem, p. 106.

¹⁹⁹¹ MACCRORIE, 2005, p. 7-8, nota 8.

¹⁹⁹² Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Young, James e Webster v. Reino Unido*. Julgamento em 13 de agosto de 1981.

¹⁹⁹³ LAWSON, 1998, p. 105.

¹⁹⁹⁴ Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Costello-Roberts v. Reino Unido*. Julgamento em 25 de março de 1993.

¹⁹⁹⁵ RIGAUX, F. **La protection de la vie privée et autres biens de la personnalité**. Bruylant: Bruxelles, 1990, p. 683-685.

diretamente a particulares, como empresas, estações de TV e outros, pela incompatibilidade *ratione personae*¹⁹⁹⁶.

Mijangos y González (2008, p. 21), conquanto concorde que apenas os Estados podem ser condenados por violações aos direitos da convenção e, nesse sentido, seja possível falar de um efeito mediato, ressalta que, do ponto de vista material, o efeito não é mediato, pois o que acarreta a responsabilidade do Estado é a violação do direito de um particular por outro. Daí a afirmação de que se deve distinguir de um ponto de vista processual, para o qual a eficácia é mediata, pois só os Estados podem ser condenados pela violação da convenção e material, para o qual se pode defender que a eficácia é imediata, se levar em consideração que o que desencadeia a responsabilidade estatal é a lesão do direito de um particular por outro¹⁹⁹⁷.

No âmbito do TIADH, há pelo menos três fases no percurso quanto à aplicação dos direitos humanos nas relações privadas¹⁹⁹⁸. A primeira constitui-se de uma série de julgamentos cujo denominador comum é a análise da obrigação de respeito e proteção dos direitos fundamentais por parte dos Estados-membros da convenção. Essa posição colocava o TIADH próximo dos princípios da doutrina americana da ação estatal¹⁹⁹⁹. A questão foi considerada pela primeira vez no caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*²⁰⁰⁰, em que se afirmou que ao Estado cabe o dever jurídico de prevenir razoavelmente as violações de direitos humanos, de investigar seriamente, com os meios a sua disposição, aqueles que se encontram dentro de sua jurisdição, a fim de identificar os responsáveis e assegurar à vítima uma reparação adequada²⁰⁰¹. No mesmo caso, entendeu-se que um ato ilícito que viola direitos humanos e que inicialmente não é diretamente imputável ao Estado (porque foi praticado por um particular ou porque a pessoa responsável não foi identificada) pode conduzir à responsabilidade internacional do Estado pela falta de diligência devida para evitar a violação ou responder a ela como exige a convenção²⁰⁰².

¹⁹⁹⁶ Comissão Europeia de Direitos Humanos. Caso *X v. United Kingdom*, 10 de dezembro de 1976, Caso n.º. 6956/75.

¹⁹⁹⁷ UBILLOS, J. M. B. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 1997, p. 338-340.

¹⁹⁹⁸ MIJANGOS Y GONZÁLEZ, 2008, p. 6.

¹⁹⁹⁹ Ibidem, p. 6.

²⁰⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Julgamento em 29 de julho de 1988.

²⁰⁰¹ “L’État a le devoir juridique de prévenir raisonnablement les violations des droits de l’Homme, de rechercher sérieusement avec les moyens dont il dispose celles qui sont commises dans le cadre de sa juridiction, afin, d’en identifier les coupables et d’assurer à la victime une réparation équitable” (COHEN-JONATHAN, 1990, p. 462).

²⁰⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Julgamento em 29 de julho de 1988, par. 172.

Na segunda fase, a relevância na determinação das características do agente que cometeu a violação foi substituída por abordagens nas quais o caráter da norma violada tornou-se o centro das atenções. Nesse ponto, o TIADH estabeleceu a ideia de que os direitos humanos são obrigações *erga omnes*, impostas não só em relação ao poder do Estado, mas também às ações de terceiros. Tal fase iniciou-se no julgamento do caso *Blake v. Guatemala*²⁰⁰³, no qual o juiz Cançado Trindade argumentou que os tratados de direitos humanos estabelecem obrigações objetivas e representam padrões de comportamento tendentes à criação de uma ordem pública internacional²⁰⁰⁴. No caso, o TIADH julgou que as patrulhas civis que causaram violação aos direitos humanos atuaram como agentes do Estado, pois receberam recursos, armas, treinamento e, por vezes, ordens dos militares da Guatemala, o que permitiu a extensão da responsabilidade às autoridades estatais²⁰⁰⁵.

O entendimento foi de que, uma vez que as obrigações positivas do Estado em direitos humanos impõem a devida diligência, uma violação a tais normas por indivíduos ou grupos privados poderá ser sancionada de forma indireta, pois o Estado será omissivo no cumprimento do dever de tomar as medidas necessárias para prevenir ou punir a violação²⁰⁰⁶. No caso *Comunidade Sarayaku v. Equador*²⁰⁰⁷, quanto à atividade de uma empresa petrolífera beneficiada por uma concessão outorgada pelo Estado e violadora de direitos humanos, o entendimento seguiu a linha da imputação da responsabilidade ao Estado de adotar medidas aptas a cessar a agressão por parte da empresa, pela atribuição de controle e fiscalização pelo Estado de tais atividades específicas²⁰⁰⁸.

No caso *Ximenes Lopes v. Brasil*²⁰⁰⁹, relativo à violação do direito à vida e à integridade física de uma pessoa internada em uma instituição psiquiátrica particular, a corte entendeu que a conduta dos agentes privados é diretamente imputável ao Estado, mesmo que subcontratada pelo sistema público de saúde. Assim, a ação de toda entidade pública ou privada, autorizada a atuar com capacidade estatal, enquadra-se na responsabilidade por fatos

²⁰⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Blake v. Guatemala*. Julgamento em 24 de janeiro de 1998.

²⁰⁰⁴ O TIADH recordou o caso no qual o TIJ, pela primeira vez, distinguiu as obrigações interestaduais (próprias de conteúdo diplomático) e as obrigações de um Estado vis-à-vis a comunidade internacional como um todo (*erga omnes*). Esta última, derivada no direito internacional contemporâneo, entre outros, de “princípios e regras relativos aos direitos fundamentais da pessoa humana, sendo que tais direitos foram integrados ao direito internacional geral e outros são incorporados nos instrumentos internacionais universais ou quase universais”. *Caso Barcelona Traction (Bélgica contra a Espanha, 2a. fase)*, Relatórios CIJ (1970) p. 32, n 33-34.

²⁰⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Blake v. Guatemala*. Julgamento em 24 de janeiro de 1998.

²⁰⁰⁶ TRINDADE, 2003, p. 375.

²⁰⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Pueblo Indígena Klichwa de Sarayaku v. Equador*. Julgamento em 27 de junho de 2012.

²⁰⁰⁸ COURTIS, 2007, p. 57.

²⁰⁰⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Julgamento em 4 de julho de 2006.

diretamente imputáveis ao Estado, como ocorre quando se prestam serviços em seu nome²⁰¹⁰. Assim, a prestação de serviços tendente a assegurar direitos humanos insere-se na obrigação de garantia, devendo realizar-se de forma que sejam os Estados obrigados a fiscalizar sua execução para garantia efetiva da proteção e para que os serviços sejam prestados à coletividade da forma mais efetiva possível²⁰¹¹.

Os mesmos argumentos foram usados nos casos *Comunidad de Paz de San José v. Colômbia* e nos *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó v. Colômbia* e *Comunidade indígena de Kankuamo v. Colômbia*²⁰¹². Em todos, a corte entendeu que os Estados-partes são obrigados a atender ao amplo alcance das obrigações de proteção *erga omnes*, da qual emanam normas de caráter objetivo, que abrangem todos os destinatários das normas jurídicas, tanto integrantes do poder público estatal como particulares²⁰¹³.

A terceira fase deu-se com a Opinião Consultiva nº 18/03²⁰¹⁴, solicitada pelo México, sobre a condição dos imigrantes. Com essa manifestação, a corte estabeleceu o efeito direto dos direitos fundamentais nas relações entre particulares²⁰¹⁵. Em síntese, entendeu que na relação de trabalho constituída por particulares, o princípio da igualdade caracteriza uma norma de *jus cogens* que acarreta obrigações *erga omnes*, o que a define como uma regra de natureza necessariamente objetiva e abrange tanto integrantes dos órgãos públicos quanto particulares. Tal posição é a que tem sido adotada²⁰¹⁶.

No âmbito da Carta Africana, a imposição de deveres ao indivíduo revelou-se uma inovação importante, pois o documento vai além da concepção individualista dos direitos e faz referência aos deveres em complemento aos direitos²⁰¹⁷. Os deveres visam, em primeiro lugar, a família (art. 27, nº 1)²⁰¹⁸; trata-se de obrigação moral, de conteúdo jurídico limitado, pelas dificuldades de fiscalização e garantia. O dever de alimentação e assistência aos ascendentes, previsto no art. 29, nº 1, existe na generalidade das ordens jurídicas²⁰¹⁹.

²⁰¹⁰ Ibidem, parágrafos 85-100.

²⁰¹¹ Ibidem, parágrafos 86-90.

²⁰¹² MIJANGOS Y GONZÁLEZ, 2008, p.14.

²⁰¹³ Ibidem, p. 14.

²⁰¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva nº. 18/03. Emitida em 17 de setembro de 2003.

²⁰¹⁵ MIJANGOS Y GONZÁLEZ, 2008, p. 20.

²⁰¹⁶ Ibidem, p. 20.

²⁰¹⁷ PIRES, M. J. M. Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. In: **Documentação e Direito Comparado**, n. 79/80, p. 335-350, 1999, p. 335-350.

²⁰¹⁸ Ibidem, p. 345.

²⁰¹⁹ Ibidem, p. 345.

O cerne da questão está nos deveres para com o próximo, ou o respeito aos direitos de outrem (arts. 27, n^o 2, e 28), que, para a doutrina, indica algo “perigoso”, pois poderá conduzir a situações de negação de direitos individuais²⁰²⁰. Para outros, a norma do art. 27, n^o 2, revela uma cláusula geral de limitação de direitos, mas que não impõe qualquer obrigação ao Estado. Assim, trata-se de disposição que rege relações entre indivíduos, embora possa ser teoricamente invocada pelo Estado para assegurar a proteção dos direitos, na linha da *Drittwirkung* alemã.²⁰²¹ O art. 28 impõe aos indivíduos o respeito ao próximo, norma que traduz uma obrigação de respeito pelos direitos alheios, prevista normalmente nos direitos internos com maior precisão²⁰²².

Portanto, três princípios emergem das previsões relativas às obrigações²⁰²³. Primeiro, de que todos os indivíduos têm obrigações para com sua família e a sociedade, para com o Estado, “outras comunidades legalmente reconhecidas” e a comunidade internacional. Segundo, os direitos e liberdades individuais devem ser exercidos com respeito aos direitos dos outros, à segurança coletiva, à moralidade e aos interesses comuns. Terceiro, todos têm o dever de respeitar e considerar os outros sem discriminação para promoção de respeito mútuo e tolerância. O indivíduo, além disso, possui deveres para com sua família, comunidade nacional, nação e à Região Africana como um todo²⁰²⁴.

A Comissão Africana, diante da questão da eficácia dos direitos humanos nas relações privadas, segue o entendimento do TIADH e do TEDH. Em comunicação recebida contra o governo militar da Nigéria, envolvido na produção de petróleo através da petrolífera estatal, a Nigerian National Petroleum Corporation, acionista majoritária em consórcio com a Shell Petroleum Development Corporation, acusando as operações de causar degradação ambiental e problemas de saúde pela contaminação do ambiente da Comunidade Ogoni²⁰²⁵, a comissão manifestou que os governos têm o dever de proteger seus cidadãos, não apenas por meio de legislação adequada e sua aplicação eficaz, mas também de violações que possam ser praticadas por particulares²⁰²⁶. Esse dever exige uma ação positiva dos governos no cumprimento de sua obrigação ao abrigo de instrumentos de direitos humanos. Os

²⁰²⁰ Ibidem, p. 346.

²⁰²¹ Ibidem, p. 346.

²⁰²² Ibidem, p. 346.

²⁰²³ REHMAN, J. **International Human Rights Law: A practical approach**. Edinburgh: Pearson Educational Limited, 2003, p. 238.

²⁰²⁴ Ibidem, p. 238

²⁰²⁵ Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Comunicação n^o. 155/96. Examinada na 30^a Sessão Ordinária, Banjul, Gâmbia, Outubro de 2001.

²⁰²⁶ Ibidem, p. 12.

fundamentos usados foram os dos casos *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, do TIADH, e *X e Y v. Holanda*, do TEDH²⁰²⁷.

Em caso anterior, sobre denúncias de violações graves e maciças de direitos humanos no Chade, em comunicação apresentada pela *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés*²⁰²⁸, a Comissão Africana já se havia manifestado sobre o dever de proteção do Estado, ao afirmar que mesmo quando não fosse possível provar que as violações foram cometidas por agentes governamentais, o governo teria a responsabilidade de garantir a segurança e a liberdade de seus cidadãos e conduzir investigações sobre os assassinatos²⁰²⁹.

Com isso, pode-se concluir que embora as disposições dos tratados de direitos humanos e as interpretações dos tribunais reconheçam a eficácia horizontal desses direitos, do ponto de vista processual, não há mecanismos de responsabilização dos atores não estatais pelos abusos cometidos nas relações entre particulares. Uma vez que os atores privados não podem ser diretamente demandados por abuso de direitos humanos, quem responderá perante os tribunais será o Estado, pela falta de diligência devida na proteção de tais direitos.

Os tribunais têm utilizado o conceito da diligência devida como referência para definição da extensão da responsabilidade estatal, para o qual se as obrigações positivas²⁰³⁰ vinculam os destinatários a adotar medidas para conseguir um determinado resultado seja negativo ou positivo, isto é, evitar certo resultado, esse dever referir-se a atuar com a diligência necessária²⁰³¹. Assim, ainda que não se obtenha ou não se evite o resultado visado, haverá responsabilização se o Estado tiver atuado no mínimo com negligência, no caso de omissão ou de ação insuficiente por falta de diligência²⁰³².

Há parâmetros para avaliar uma omissão estatal no que se refere à obrigação de proteção dos direitos humanos diante de possíveis abusos por particulares. É importante destacar que não se exige do Estado o estabelecimento “irrestrito” da segurança pública, de um Estado fiscalizador *à la big brother*²⁰³³. Assim, três pressupostos são identificados para

²⁰²⁷ Ibidem, p. 12.

²⁰²⁸ Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Comunicação n.º. 74/92. Examinada na 18ª Sessão Ordinária, Praia, Cabo Verde, Outubro de 1995.

²⁰²⁹ Ibidem, parágrafo 37.

²⁰³⁰ A jurisprudência do TEDH tem vindo a apurar o conceito de *obrigações positivas*, enquanto obrigação de disponibilização de recursos aos indivíduos, para que se previnam ou reajam contra possíveis violações de seus direitos, ainda que cometidas por terceiros (LOPES, 2011, p. 47-75).

²⁰³¹ BAPTISTA, E. C. **Direito Internacional Público**, v. II. Coimbra: Almedina, 2004, p. 481.

²⁰³² Ibidem, p. 481.

²⁰³³ PETERKE, S. et al. **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/>>. Acesso em: 27 abr. 2012.

avaliar a existência ou não de violação na obrigação de proteger os direitos humanos²⁰³⁴: em primeiro lugar, a necessidade de ciência pelo Estado de um perigo concreto ou a obrigação de conhecê-lo; o Estado poderá ser responsabilizado se suas autoridades sabiam ou tinham de saber do respectivo perigo, das pretensões ou atividades de agentes privados²⁰³⁵. Portanto, há a necessidade de comprovação do conhecimento e da existência de um perigo concreto. O TEDH, no caso *Osman v. Reino Unido*²⁰³⁶, afirmou pela inexistência do dever de cuidado, diante da falta de comprovação dos elementos, pela ausência de um perigo concreto.

O segundo pressuposto seria a possibilidade objetiva de evitar a violação de direito, ou seja, o Estado deveria objetivamente ter tido a possibilidade de prevenir a violação do direito²⁰³⁷. Trata-se de uma obrigação de meio ou de comportamento que possui um conteúdo de atuação ainda mais exigente quando se refere às violações graves²⁰³⁸.

Finalmente, como terceiro pressuposto, tem-se a omissão do Estado em adotar uma medida razoável e apropriada²⁰³⁹. Já que dispõe de uma série de opções para agir, impõe-se a seus órgãos e agentes que escolham a mais adequada. Ainda que se conceda ao Estado um poder discricionário em relação às medidas, a discricionariedade não será ilimitada, pois está em causa a proteção de direitos humanos.

Embora o Estado possa ser responsabilizado pela omissão no dever de diligência devida, a questão paradoxal mantém-se quanto aos particulares, pois, ainda que sejam vinculados aos direitos humanos e, em alguns casos, por disposição expressa, não existem meios pelos quais possam ser diretamente responsabilizados, senão no caso das normas de direito internacional penal, aplicáveis aos indivíduos por violações graves e sistemáticas²⁰⁴⁰. Esse quadro levanta questões como: qual sentido teria as normas internacionais estabelecerem direitos que constituem fonte de obrigações aos particulares, se estes não são responsáveis frente ao direito internacional e nem estão sujeitos a sua jurisdição?²⁰⁴¹. Se somente o Estado está sujeito à responsabilidade internacional e ao controle de órgãos de supervisão do cumprimento das obrigações de direitos humanos, de que serve inferir-se de um tratado

²⁰³⁴ Ibidem, p. 158.

²⁰³⁵ Ibidem, p. 158.

²⁰³⁶ Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Osman v. Reino Unido*. Julgamento em: 29 de outubro de 1998.

²⁰³⁷ PETERKE, 2009, p. 159.

²⁰³⁸ COHEN-JONATHAN, G. Cour Interamericaine des Droits de l'Homme: l'arrêt Velasquez. In: **Revue Générale de Droit International Public**, tome 94, n. 2, p. 462, 1990.

²⁰³⁹ PETERKE, 2009, p. 159.

²⁰⁴⁰ NOWAK, 2003, p. 52.

²⁰⁴¹ COURTIS, 2007, p. 64.

internacional obrigações dos particulares?²⁰⁴². Qual seria o sentido de um tratado mencionar obrigações de particulares?²⁰⁴³

Por isso, mesmo que os direitos humanos destinem-se a todos os potenciais violadores, do ponto de vista da exequibilidade, a situação é diferente²⁰⁴⁴. Os procedimentos clássicos para proteção dos direitos humanos, como relatórios, reclamações e procedimentos de investigação são voltados aos Estados²⁰⁴⁵. Mesmo que o TEDH e o TIADH sejam capazes de identificar os responsáveis por certas violações aos direitos humanos, a decisão dirige-se exclusivamente aos Estados²⁰⁴⁶. O mesmo vale para a Corte Africana (art. 47), embora a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos também confira alguns deveres a sujeitos não estatais²⁰⁴⁷.

Isso evidencia que, embora o direito internacional dos direitos humanos tenha conhecido desenvolvimentos relevantes em alguns pontos, as soluções tornam a fazer referência às noções clássicas do direito internacional, em que apenas o Estado-nação é capaz de responder. A ideia de que só os Estados têm uma personalidade jurídica plena e que todas as outras entidades que intervêm nas relações internacionais têm personalidade de algum modo diminuída conduz a problemas práticos em áreas como a efetivação, em âmbito internacional, do respeito pelos direitos humanos²⁰⁴⁸.

Diante dessa inadequação de conceitos, procede-se à constatação de que o direito internacional continua vinculado a um esquema em que é o critério formalista, da qualidade de soberano do ator internacional, que surge como determinante na caracterização de atividades e consequente sujeição a regimes jurídicos específicos²⁰⁴⁹. Por isso, é inevitável reconhecer que é chegada a hora de o direito internacional mover-se em direção a um próximo desenvolvimento, o uso dos padrões de direitos humanos para reger não apenas as relações entre Estados ou Estados e indivíduos²⁰⁵⁰. Os valores e princípios consagrados nos direitos

²⁰⁴² Ibidem, p. 64.

²⁰⁴³ Ibidem, p. 64.

²⁰⁴⁴ NOWAK, 2003, p. 52.

²⁰⁴⁵ Ibidem, p. 53.

²⁰⁴⁶ Ibidem, p. 53.

²⁰⁴⁷ ZANITELLI, L. M. Corporações e direitos humanos: O debate entre voluntaristas e obrigacionistas e o efeito solapador das sanções. In: **Revista Sur**, edição v. 8, n. 15, jan. 2011.

²⁰⁴⁸ ESCARAMEIA, 2003, p. 199.

²⁰⁴⁹ Ibidem, p. 199.

²⁰⁵⁰ HEGARTY, A.; SIOBHAN, L. (Eds.). **Human rights**: an agenda for the 21st century. London: Cavendish Publishing Limited, 1999, p. 78.

humanos merecem ser transplantados às relações particulares, de modo que, no futuro, sejam informadas por eles²⁰⁵¹.

5 Os reflexos nos mecanismos de responsabilização por abuso de direitos humanos nas relações privadas

Além da responsabilidade estatal nos tribunais de direitos humanos, existem outros âmbitos em que se permite a responsabilização por abusos de direitos humanos nas relações entre particulares: o da responsabilidade internacional do Estado por omissão sobre os direitos humanos e o da responsabilidade penal individual por grave violação de direitos humanos.

5.1 A responsabilidade internacional do Estado por omissão

Na sistemática de proteção dos direitos humanos, o principal obrigado será o Estado, sobre o qual recai a responsabilidade internacional²⁰⁵². O sentido material da responsabilidade internacional está atrelado, além da noção de soberania, à capacidade jurídica internacional, à garantia da legalidade internacional e à igualdade soberana dos Estados, assentando-se no princípio da reciprocidade de direitos e deveres²⁰⁵³.

Apesar dos avanços e recuos do tema²⁰⁵⁴, em agosto de 2001, a Comissão de Direito Internacional adotou o Projeto de Artigos sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos Internacionais; em 12 de dezembro de 2001, a Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução nº 56/83, recomendou a atenção dos governos aos artigos²⁰⁵⁵. Desde então, ainda que como norma consuetudinária²⁰⁵⁶, a violação de uma obrigação internacional dá ensejo à aplicação de um regime legal com seu próprio conjunto de direitos e deveres²⁰⁵⁷ e que abrange todos os tipos de obrigações internacionais²⁰⁵⁸. Aplicam-se a ambos, atos e omissões, as

²⁰⁵¹ Ibidem, p. 78.

²⁰⁵² HUBER, Max apud MELLO, C. de A. **Responsabilidade Internacional do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 6; HOMEM, 2003, p. 192 e ss; MELLO, 1995, p. 7-9.

²⁰⁵³ MACHADO, 2006, p. 565-566.

²⁰⁵⁴ LLORET, 1998, p. 23-26.

²⁰⁵⁵ BODANSKY, D.; CROOK, J. R. Symposium: The ILC'S State Responsibility Articles – Introduction and Overview. In: **American Journal of International Law**, v. 96, n. 4, p. 773-774, 2002.

²⁰⁵⁶ BAPTISTA, 2004, p. 448.

²⁰⁵⁷ BODANSKY; CROOK, 2002, p. 779.

²⁰⁵⁸ Ibidem, p. 779-780.

obrigações de tratados e normas para cumprimento das obrigações bilaterais e multilaterais, bem como a uma gama de áreas de assuntos particulares, entre eles os direitos humanos²⁰⁵⁹.

O tratamento dos direitos humanos está entre os que acarretaram maior divergência nos trabalhos da CDI; não faltou quem pretendesse desvincular os direitos humanos da responsabilidade internacional dos Estados. Porém, para Roberto Ago (apud LLORET, 1998, p. 30), tal desvinculação levaria à negação da juridicidade das normas de proteção do ser humano, convertendo-as em um conjunto de meras exortações aos Estados ou em uma nova espécie de *soft law*. Após discussões, a aplicação dos artigos deu-se a “todo ato internacionalmente ilícito de um Estado”, inclusive as violações de direitos humanos.

Para tanto, é imprescindível a prática de um ilícito internacional, definido pelo descumprimento de normas internacionais primárias²⁰⁶⁰. Conforme o art. 2º do Projeto de Artigos para a existência de um ato internacionalmente ilícito, faz-se necessária uma conduta que, podendo consistir em ação ou omissão, seja atribuível ao Estado, consoante o direito internacional e que constitua violação de uma obrigação internacional. A doutrina entende pela existência de dois elementos fundamentais: de um lado, a imputação (atribuição) de uma conduta ao Estado (ou elemento subjetivo do fato ilícito); de outro, a violação da obrigação internacional (ou elemento objetivo do fato ilícito)²⁰⁶¹.

No que concerne à conduta para fins de responsabilidade internacional, apesar da terminologia “ato”, há muito que o direito internacional estabelece deveres positivos para os Estados, cujo desrespeito implica responsabilidade por omissão²⁰⁶². Daí porque a violação pelo Estado por omissão das obrigações convencionais ou consuetudinárias a que esteja vinculado em direitos humanos poderá dar origem ao ilícito internacional²⁰⁶³, desde que lhe seja passível de imputação.

²⁰⁵⁹ Ibidem, p. 780.

²⁰⁶⁰ BAPTISTA, 2004, p. 450.

²⁰⁶¹ LOPES, J. A. A. Imputação de condutas ao Estado e responsabilidade internacional. In: **Revista de Direito e Economia**, ano 16-19, p. 222, 1990-1993.

²⁰⁶² BAPTISTA, 2004, p. 457. O TIJ em 1949 decidiu no caso Corfu, entre Reino Unido e Albânia, que ao Estado impunha-se o dever de não permitir, tendo o conhecimento, que seu território fosse utilizado para atos contrários aos direitos de outros Estados. Entendeu-se que, por omissão, havia responsabilidade internacional. (Ibidem, p. 457).

²⁰⁶³ Artigo 3º - “A caracterização de um ato de um Estado, como internacionalmente ilícito, é regida pelo Direito Internacional. Tal caracterização não é afetada pela caracterização do mesmo ato como lícito pelo direito interno” do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado por atos Ilícitos Internacionais. CDI, 2001. (DARS)

Será imprescindível a imputação da conduta ao Estado, a partir do que se permitirá afirmar se deve ou não ser considerado seu autor na esfera internacional²⁰⁶⁴, pois são atribuíveis ao Estado os comportamentos de seus órgãos ou agentes, qualquer que seja a natureza jurídica ou função exercida, já que caracterizam o conjunto dos atos próprios do Estado²⁰⁶⁵, conforme o ar. 4º, nº 1, do Projeto de Artigos. Poderão ser imputadas, a título de ato do Estado, as condutas de pessoas ou entidades em exercício de atribuições do poder público (art. 5º); de órgãos colocados à disposição de um Estado por outro Estado (art. 6º); as praticadas com excesso de autoridade ou contravenção de instruções (art. 7º); as dirigidas ou controladas por um Estado (art. 8º); as realizadas na falta ou ausência de autoridades oficiais (art. 9º); as de um movimento de insurreição ou outro e a conduta reconhecida e adotada por um Estado como sua própria (art. 10).

Nesse aspecto, há dificuldades quanto às violações de direitos humanos que ocorrem em âmbito privado em que inexista direção e controle por parte do Estado e que podem acarretar sua responsabilidade internacional por omissão em função do dever de diligência devida. Isso porque, embora tenda-se a abranger no conceito de *duty-bearers* em direitos humanos os atores privados, o sistema da responsabilidade internacional volta-se exclusivamente ao Estado, razão pela qual a conduta dos particulares não será qualificável como internacionalmente ilícita, embora possa lesar interesses protegidos (em abstrato) pelo direito internacional²⁰⁶⁶.

O papel da imputação será o de encontrar um sujeito de direito internacional cuja conduta possa ser confrontada com a regra internacional, já que *a priori* só os destinatários de uma regra podem desrespeitá-la. Isso denuncia que, por vezes, o direito internacional carece de coordenar seus próprios avanços. Se de um lado cuida-se de um sistema de responsabilidade internacional e do outro de aprimorar os mecanismos de proteção aos direitos humanos, no cruzamento dos temas, as soluções tendem a socorrer-se das respostas de direito internacional clássico, deixando de considerar os avanços da comunidade internacional. Assim, apenas poderão ser imputadas ao Estado por omissão em relação ao dever de cuidado as violações de direitos humanos praticadas entre particulares dentro de seu território, o que configurará responsabilidade indireta do Estado²⁰⁶⁷.

²⁰⁶⁴ LOPES, 1990-1993, p. 223.

²⁰⁶⁵ Ibidem, p. 226.

²⁰⁶⁶ LOPES, 1990-1993, p. 226.

²⁰⁶⁷ MIRANDA, 2012, p. 350.

Em relação à responsabilidade do Estado sobre as atividades das empresas multinacionais, Martín-Ortega (2013, p. 176) destaca a contribuição do Comitê dos Direitos das Crianças, por meio do Comentário Geral nº 16, de março de 2013, que estabeleceu que o Estado violará sua obrigação em função da convenção quando não respeitar, proteger ou realizar os direitos humanos das crianças em relação às atividades e operações das empresas que impactem sobre aqueles²⁰⁶⁸. Trata-se de padrão aplicável aos deveres positivos decorrente do princípio da proporcionalidade.

Há que se registrar que, apesar do amplo alcance das obrigações em direitos humanos, existem condições para que o ato possa ser imputado ao Estado, por exemplo, não se pode imputar responsabilidade nas situações de força maior. Nos casos de omissão, quando o sujeito internacional em causa se encontre obrigado a atuar em certo sentido, mas isso se afigure impossível, mesmo que exista a omissão, esta não se constitui juridicamente, não dá lugar a qualquer ilicitude²⁰⁶⁹, o que afasta eventual responsabilidade.

Outra questão consiste na necessidade ou não de dolo ou negligência do ato ilícito à luz do Direito Internacional²⁰⁷⁰. Na medida em que a Comissão de Direito Internacional não inseriu tais elementos no art. 2º do Projeto, há quem entenda que a responsabilidade nasce da infração à norma de conduta internacional por meio de ação ou omissão imputável ao Estado, sem que haja avaliação da culpa do agente-órgão do Estado²⁰⁷¹. No entanto, há os que sustentam que, pela remissão do art. 2º à norma violada, não se exclui a análise de tais elementos. Por isso, parece mais razoável afirmar que não existe regra geral, dependendo da obrigação primária em causa²⁰⁷². Para efeitos de responsabilidade internacional por omissão, em que as obrigações limitem-se a estabelecer um dever de atuar com diligência necessária, a responsabilidade incidirá se o Estado tiver atuado no mínimo com negligência ou falta da diligência devida, salvo nas hipóteses em que restar caracterizada a força maior²⁰⁷³.

No que se refere ao dano, pela análise do Projeto de Artigos, basta a violação das obrigações internacionais primárias. Daí porque se torna proeminente a caracterização do

²⁰⁶⁸ COMITÊ DOS DIREITOS DA CRIANÇA. Comentário Geral sobre as obrigações do Estado relativamente ao impacto do setor empresarial nos direitos da criança. CRC/C//GC/16, 15 de março de 2013.

²⁰⁶⁹ BAPTISTA, 2004, p. 453.

²⁰⁷⁰ O art. 2º do Projeto de Artigos não inclui o dolo/negligência como elementos do ato ilícito, entre outras razões isso se deve ao fato de que, no direito internacional, torna-se difícil fazer a prova dos elementos subjetivos e funcionais da negligência, pelo que o acento tônico reside na imputação ao Estado de uma conduta intencional ou perigosa, violadora de uma obrigação internacional (MACHADO, 2006, p. 576).

²⁰⁷¹ RAMOS, A. de C. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 90 e ss.

²⁰⁷² BAPTISTA, 2004, p. 481.

²⁰⁷³ *Ibidem*, p. 481.

momento a partir do qual incidem as normas secundárias relativas à responsabilidade²⁰⁷⁴. Quanto à possibilidade de invocação da responsabilidade internacional, em regra, a legitimidade processual para desencadear a ação será do Estado lesado que caracterizará o titular dos direitos de reparação, indenização e satisfação. Será *a priori* o destinatário direto da obrigação violada por um ato ilícito de outro Estado²⁰⁷⁵. No caso dos direitos humanos, além do Estado especialmente lesado, verifica-se a possibilidade de alargamento da legitimidade processual, especialmente porque está em causa um princípio do direito internacional que acarreta uma obrigação *erga omnes*. Com isso, pela natureza da violação e pela peculiaridade do regime de responsabilidade internacional, entende-se que outro Estado que não o especialmente lesado também poderá invocá-la, conforme o artigo 48²⁰⁷⁶. Contudo, devem ser observadas as diferenças em relação ao Estado que demonstrar ter sido especialmente lesado e os demais, especialmente em relação às consequências do que se pode exigir para fins de responsabilidade²⁰⁷⁷. Essa solução parece a mais adequada diante dos riscos da aplicação seletiva e do vigilantismo internacional²⁰⁷⁸.

Mais uma vez, evidencia-se a orientação centrada no Estado, no trabalho da CDI em relação aos artigos que tratam da invocação da responsabilidade (arts. 42 a 48), que não tratam como a responsabilidade do Estado é invocada se o titular do direito é um indivíduo ou uma organização²⁰⁷⁹. Com isso, as normas sobre a responsabilidade internacional deixam de retratar o fato de que a comunidade internacional é composta por diversos atores importantes²⁰⁸⁰. Acentuando essa posição, a invocação de responsabilidade por violação de obrigações internacionais deverá ser formulada junto ao TIJ, no qual apenas os Estados poderão reclamar contra outros Estados²⁰⁸¹.

Uma vez que se reconheça a violação pelo Estado das obrigações internacionais, surgem novos deveres, além de continuar vinculado ao dever de cumprimento das obrigações primárias²⁰⁸². Assim, o conteúdo da responsabilidade internacional do Estado abrange, pelo art. 29 do Projeto, a “continuidade do dever do Estado responsável de cumprir a obrigação

²⁰⁷⁴ MACHADO, 2006, p. 581.

²⁰⁷⁵ Ibidem, p. 588.

²⁰⁷⁶ WEISS, E. B. Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century. In: **American Journal of International Law**, Washington, v. 96, p. 803, 2002.

²⁰⁷⁷ Entende-se que o direito à cessação, não repetição, reparação e contra medidas serão conferidos se o Estado demonstrar que foi especialmente lesado pela violação. Caso contrário, serão cabíveis os direitos à cessação e a não repetição (MACHADO, 2006, p. 589).

²⁰⁷⁸ Ibidem, p. 588.

²⁰⁷⁹ BODANSKY; CROOK, 2002, p. 785.

²⁰⁸⁰ WEISS, 2002, p. 798.

²⁰⁸¹ Ibidem, p. 814.

²⁰⁸² MACHADO, 2006, p. 591.

violada”. Além disso, pelo art. 30, o Estado responsável pelo ilícito tem obrigação de: “a) cessar aquele ato, se ele continua; b) oferecer segurança e garantias apropriadas de não repetição, se as circunstâncias o exigirem”. São dimensões pelas quais se visa garantir a observância total e permanente das obrigações internacionais²⁰⁸³ e da legalidade internacional²⁰⁸⁴. Particularmente relevante é a possibilidade de adoção das medidas provisórias de natureza cautelar em ordem à cessão da conduta ilícita²⁰⁸⁵.

O art. 31, n^{os} 1 e 2, determina o dever de reparação integral do prejuízo, que compreenderá qualquer dano, material ou moral. Tal dever abrange a restauração da situação prévia ao ato ilícito, o que parece não ser possível em se tratando de violação de direitos humanos, razão pela qual a indenização por equivalente será aplicável. Embora haja controvérsia quanto ao alcance da expressão “equivalente”, que pode ampliar a consideração do que seja devido como indenização. Além dos danos patrimoniais, deverão ser considerados os danos morais aferidos a partir do caso concreto.

Sendo o Estado responsável pelo ato internacionalmente ilícito, terá ainda a obrigação de dar satisfação pelo prejuízo causado pelo ato, desde que não possa ser reparado por restituição ou indenização. Trata-se de medida relevante no caso de violação de direitos humanos, pois visa anular o benefício moral que o Estado infrator possa ter retirado de sua conduta e restaurar a dignidade e o sentimento de respeito próprio do Estado lesado²⁰⁸⁶. Por fim, o art. 33, n^o 2, dispõe que tais medidas não prejudicam qualquer direito que a responsabilidade internacional de um Estado possa gerar diretamente em benefício de qualquer pessoa ou entidade distinta de um Estado. Pretendeu-se não afastar a incidência de outras normas que possam beneficiar as pessoas ou entidades distintas do Estado, o que, em direito humanos, significará a possibilidade de aplicação das normas convencionais de proteção no plano regional.

A existência de um mecanismo que apure a responsabilidade internacional do Estado perante a comunidade internacional demonstra um avanço na consolidação de que ao lado do princípio da soberania está o da proteção dos direitos humanos. Porém, de outro lado, o projeto consubstancia incoerências em relação às peculiaridades dos direitos humanos, pela diversidade das violações e de seus responsáveis.

²⁰⁸³ Ibidem, p. 591.

²⁰⁸⁴ VOEFFRAY, F. **L’actio popularis ou le défense de l’intérêt collectif devant les juridictions internationales**. Genève: Graduate Institute Publications, 2004, p. 281.

²⁰⁸⁵ MACHADO, 2006, p. 592.

²⁰⁸⁶ Ibidem, p. 595.

5.2 A responsabilidade penal individual por grave violação de direitos humanos

Outra dimensão no desenvolvimento da responsabilidade sobre direitos humanos refere-se à afirmação e à consolidação da personalidade e da capacidade jurídica internacional do ser humano, não apenas como sujeito ativo ante os tribunais de direitos humanos, mas como sujeito passivo diante dos tribunais penais internacionais²⁰⁸⁷. O reconhecimento gradual de que alguns governos não são capazes de proteger os que estão em seu território das violações de direitos humanos cometidas por atores privados motivou a comunidade internacional a encontrar meios de tornar os infratores individuais responsáveis²⁰⁸⁸.

Tradicionalmente, a punição de indivíduos consistia matéria de direito interno, e cada Estado deveria regulamentar sua competência para processá-los e aplicar penas. Na disciplina jurídica internacional, apenas duas situações permitiam a responsabilização direta de indivíduos: a pirataria, comum até o século XVII, e os crimes de guerra, a partir do século XIX, porém apenas em relação a soldados e oficiais menos graduados, nunca em relação a altos comandantes militares²⁰⁸⁹. Por isso, os esforços iniciais buscaram responsabilizar grupos terroristas, organizações criminosas e, em alguns países, grupos paramilitares. Os indivíduos pertencentes a esses grupos, muitas vezes envolvidos em graves violações de direitos humanos, desfrutavam de uma imunidade de fato, para o que, em teoria, consistia ato criminoso sob a lei do Estado onde esses atos ocorreram²⁰⁹⁰.

Após a Segunda Guerra, um movimento da comunidade internacional começou a moldar uma consciência profunda da necessidade de julgar graves violações das leis de guerra, tanto sobre a responsabilidade tradicional dos Estados quanto sobre a responsabilidade individual das pessoas²⁰⁹¹. Foram os crimes cometidos pelos nazistas e pelos japoneses que levaram à conclusão de acordos entre as potências aliadas para a criação dos tribunais militares internacionais de Nurembergue e Tóquio²⁰⁹². Porém, com a dissolução desses

²⁰⁸⁷ TRINDADE, A. A. C. Os Tribunais Internacionais Contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 57, p. 37-68, jul./dez. 2010.

²⁰⁸⁸ *Ibidem*, p. 20.

²⁰⁸⁹ CASSESE, 2005, p. 184.

²⁰⁹⁰ BUERGENTHAL, T. et al. **International Human Rights in a Nutshell**. Saint Paul: West, 2009, p. 20-21.

²⁰⁹¹ GREPPI, E. The evolution of individual criminal responsibility under international law. In: **International Review of the Red Cross**, v. 81, issue 835, p. 531-553, 1999. Disponível em: <<https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq2x.htm>>. Acesso em: 18 set. 2014.

²⁰⁹² *Ibidem*.

tribunais, embora vários princípios de direito penal internacional permitissem a imposição de responsabilidade individual por crimes internacionais, não havia um tribunal internacional com jurisdição para aplicar a lei existente²⁰⁹³. A situação começou a mudar com a criação dos tribunais *ad hoc* da ONU para a ex-Iugoslávia²⁰⁹⁴ e para Ruanda²⁰⁹⁵.

Desde a adoção da Convenção sobre o Genocídio, de 1948, já havia sido solicitado um estudo sobre a possibilidade de criação de um tribunal penal internacional permanente, e, na sequência, a Assembleia Geral da ONU elaborou um projeto de estatuto²⁰⁹⁶, que foi analisado por alguns comitês até que, em 1957, seu estudo foi adiado, e as discussões apenas tornaram a tomar consistência diante das experiências da ex-Iugoslávia e de Ruanda, pelo que a CDI apresentou um projeto de estatuto mais uma vez, o que culminou com a conferência realizada em Roma, em 1998, que resultou na elaboração do Estatuto de Roma, para a criação do TPI²⁰⁹⁷.

Finalmente, foi possível concretizar o que para muitos não passava de uma quimera: a entrada em funcionamento do TPI permanente, destinado, em articulação com as justiças penais internas dos Estados, a pôr fim à impunidade de que vinham gozando os autores dos chamados *core crimes*; crimes contra a paz, crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade²⁰⁹⁸. Desse modo, a subjetividade internacional dos indivíduos passou a vincular-se inelutavelmente à temática da responsabilidade internacional, outrora limitada à dos Estados²⁰⁹⁹. O pressuposto foi a consideração das pessoas singulares como verdadeiros sujeitos de direito internacional, isto é, como suscetíveis de serem destinatárias imediatas das normas internacionais²¹⁰⁰.

Na altura, levantou-se a possibilidade de incluir as empresas na jurisdição do tribunal. A CDI incluiu o tema em suas discussões no início dos anos 1950, embora o tenha descartado por dois motivos: por sua novidade e pelo risco que implicava o desacordo que poderia gerar,

²⁰⁹³ BUERGENTHAL, 2009, p. 21.

²⁰⁹⁴ O Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia foi criado pelas Resoluções nº 808, de 1993, e nº 827, de 25 de maio do mesmo ano, do Conselho de Segurança da ONU (SANTOS, 2011, p. 19-69).

²⁰⁹⁵ O Tribunal Penal Internacional para Ruanda foi criado pela Resolução nº 955, de 1994, do Conselho de Segurança da ONU para processar e julgar fatos ocorridos de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 1994 em Ruanda e em países vizinhos (Ibidem, p. 24).

²⁰⁹⁶ GUEVARA, J. A. La Corte Penal Internacional. In: MARTÍN, C.; RODRÍGUEZ-PINZÓN, D.; GUEVARA, J. A. **Derecho internacional de los derechos humanos**. Ciudad de México: Fontamara, 2004. p. 694 e ss.

²⁰⁹⁷ SHAW, M. N. **International law**. 6. ed. Cambridge: Grotius; Cambridge University, 2008, p. 410 e ss.

²⁰⁹⁸ ALMEIDA, F. A. de M. L. **Os crimes contra a humanidade no actual direito internacional penal**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 14.

²⁰⁹⁹ TRINDADE, 2010, p. 44.

²¹⁰⁰ ALMEIDA, 2009, p. 24.

aliado a certo receio de que a criminalização de pessoas jurídicas poderia desencadear em punições coletivas²¹⁰¹.

A possibilidade de inclusão de pessoas jurídicas na jurisdição do TPI foi discutida novamente no processo de redação do Estatuto e rejeitada, embora o novo fracasso não tenha desencorajado alguns a continuar o desenvolvimento da questão²¹⁰². O projeto de estatuto com o qual se iniciou a Conferência de Roma continha, entre parênteses, referência às pessoas jurídicas. Em nota, havia o esclarecimento de que existia grande divergência sobre a inclusão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no documento. Muitas delegações opunham-se, enquanto outras eram favoráveis e um terceiro grupo estava entre os que poderiam ser convencidos sobre uma ou outra posição²¹⁰³. O projeto continha ainda a previsão de quais sanções poderiam ser aplicadas às pessoas jurídicas, entre elas multas, dissolução da empresa, proibição para o exercício de determinadas atividades pelo tempo determinado pelo tribunal, fechamento por certo tempo dos estabelecimentos usados para a prática dos crimes, confisco de lucros, propriedades e bens obtidos por meio de condutas criminosas e outras formas de reparação²¹⁰⁴.

Durante as discussões públicas, refletiu-se um consenso de que era errado que as organizações empresariais beneficiassem-se de crimes internacionais, como o genocídio²¹⁰⁵. Embora as negociações se tenham prolongado por três semanas, não se conseguiu chegar a um acordo para incluir as pessoas jurídicas. Assim, a proposta foi abandonada pela delegação francesa, que a sustentava, quando se tornou evidente que não seria aprovada²¹⁰⁶. O TPI, embora não possua jurisdição sobre pessoas jurídicas, pode julgar o envolvimento das empresas em crimes internacionais, quando o foco for deslocado da empresa como tal para as pessoas que atuam em seu nome²¹⁰⁷. Nesse sentido, por sua capacidade limitada, a corte só pode lidar com uma parte dos casos criminais internacionais, razão pela qual o TPI concentrará seus casos nas pessoas diretamente envolvidas nos crimes²¹⁰⁸.

²¹⁰¹ MARTÍN-ORTEGA, O. **Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional**. Barcelona: Bosch, 2008, p. 251-252.

²¹⁰² MARTÍN-ORTEGA, 2008, p. 252.

²¹⁰³ *Ibidem*, p. 253.

²¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 254.

²¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 256.

²¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 257.

²¹⁰⁷ KALECK, W.; SAAGE-MAAß, M. Corporate accountability for human rights violations amounting to international crimes. In: **Journal of International Criminal Justice**, v. 8, p. 710, 2010.

²¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 710.

De acordo com o art. 1º do Estatuto de Roma, “(...) O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional (...)”. A competência restringe-se aos crimes de maior gravidade que afetam a comunidade internacional em seu conjunto, assim considerados: o crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão. Conforme o art. 25, “[...] o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas”, o que consolida a responsabilidade penal internacional individual.

Entre as regras mais significativas, estão a cumplicidade e a conspiração, a partir das quais um indivíduo poderá ser condenado por cumplicidade em relação a um delito que não cometeu diretamente, e a responsabilidade de comando, que atribui certos atos dos subordinados a seu superior²¹⁰⁹. De acordo com Cassese (2005, p. 186), o quadro permite que não apenas militares de hierarquia mais baixa possam ser responsabilizados, mas até as mais altas autoridades estatais, militares ou não, poderão ser chamados a responder por crimes em tempo de guerra ou de paz.

Embora algumas questões permaneçam em aberto, os princípios gerais da responsabilidade individual por crimes internacionais estão bem estabelecidos²¹¹⁰. Tendo em vista que a maioria dos instrumentos sobre direitos humanos é projetada para limitar o Estado, e não o ser humano, as normas de direito internacional que estabelecem a responsabilidade individual por graves violações de direitos humanos podem constituir um elemento eficaz de complemento às regras de responsabilidade internacional²¹¹¹.

A lacuna segue na falta de inclusão das pessoas jurídicas na jurisdição do TPI. Entre as principais razões estão dois argumentos: relativo à estrutura e à organização dessas empresas e à relação entre as empresas e seus órgãos²¹¹². Quanto ao primeiro, às vezes, a punição da empresa é uma obrigação real, apropriada e até necessária, por exemplo, com a extinção de uma empresa que crie uma plataforma de mídia para o incitamento ao genocídio. Quanto ao segundo, se as empresas obtêm benefícios de suas atividades positivas, é justo que sofram penalidades por sua atuação irregular. Trata-se de uma aspiração de coerência no sistema

²¹⁰⁹ RATNER, S. Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility. In: **Yale Law Journal**, v. 111, p. 443-452, 2001.

²¹¹⁰ CASSESE, 2005, p. 700.

²¹¹¹ SUNGA, L. S. **Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992.

²¹¹² KREMNITZER, M. A possible case for imposing criminal liability on corporations in international criminal law. In: **Journal of International Criminal Justice**, v. 8, p. 907-918, 2010.

legal²¹¹³. Já que as discussões estiveram próximas disso, entende-se que a instituição de responsabilidade penal internacional às empresas não está tão longe da realidade²¹¹⁴. Com a possibilidade de reforma do Estatuto, essa perspectiva não deve ser descartada para o futuro²¹¹⁵.

5.3 A (ir) responsabilidade das empresas multinacionais

Do que se constatou, resta a impossibilidade de responsabilização direta das empresas multinacionais por abusos aos direitos humanos. Ainda que os pratiquem, apenas os Estados são suscetíveis de responder, e se a violação lhes for atribuível porque a toleraram ou indiretamente a fomentaram²¹¹⁶. Nesse cenário, se a intenção for tratar da responsabilidade dos demais atores privados por abusos de direitos humanos fora do âmbito da responsabilidade do Estado, serão encontrados instrumentos inconsistentes. Algumas abordagens apareceram para propor uma responsabilidade direta às multinacionais²¹¹⁷. Contudo, nenhuma solução eficaz foi adotada nos principais sistemas de proteção de direitos humanos²¹¹⁸.

No campo da responsabilidade internacional, o “mundo das soberanias”²¹¹⁹ ainda não está preparado para aceitar os papéis desempenhados por outros atores. Apesar dos progressos com a responsabilidade criminal individual, a possibilidade de responsabilização direta das multinacionais continua a caracterizar uma lacuna injustificável. À medida que o processo de globalização, sob as condições do neoliberalismo, tende a aumentar o poder de atores não estatais à custa do poder governamental, essa limitação passa a constituir um problema estrutural grave e, ao mesmo tempo, um desafio do sistema internacional de direitos humanos do século XXI²¹²⁰.

Apesar disso, o direito internacional já enfrentou desafios semelhantes em outras áreas. No caso de conflitos armados, o direito internacional humanitário, pelo art. 3º das

²¹¹³ Ibidem, p. 907-918.

²¹¹⁴ MARTÍN-ORTEGA, 2008, p. 257.

²¹¹⁵ Ibidem, p. 257.

²¹¹⁶ NOWAK, 2003, p. 54.

²¹¹⁷ BOBÁK, M. **The Horizontal Effect of the Right to a Healthy Environment**. 2011. Tese (doutorado) - Masaryk University, Brno, 2012. Disponível em: <http://is.muni.cz/th/257276/pravf_m/The_Horizontal_Effect_of_the_Right_to_a_Healthy_Environment.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2014.

²¹¹⁸ Ibidem, p. 83.

²¹¹⁹ ESCARAMEIA, 2003, p. 163.

²¹²⁰ NOWAK, 2003, p. 54.

quatro Convenções de Genebra, de 1949, e o segundo Protocolo Adicional de 1977, é obrigatório para os combatentes não estatais²¹²¹. O direito internacional penal, que costumava ser aplicável apenas aos conflitos armados internacionais, também está relacionado com os direitos humanos²¹²².

Essa evolução não foi pacífica, ao contrário, deu-se com muitas controvérsias. O processo para a criação do TPI foi considerado difícil e politicamente árduo pelo confronto entre os Estados que davam prioridade à questão humana sobre a estabilidade dos regimes e os que defendiam a estabilidade à custa da questão humana²¹²³. Estes se mantiveram contra o projeto desde o início, tendo a maioria, tentado esvaziar seu conteúdo ou modificar as normas para criar exceções que melhor servissem a seus pontos de vista²¹²⁴. Apesar disso, o tribunal consolidou-se como a primeira instituição permanente que julga indivíduos intimamente ligados ao aparelho estatal²¹²⁵.

Daí é possível extrair pelo menos duas lições para a questão da responsabilidade das empresas multinacionais sobre os direitos humanos: a primeira é que, embora politicamente difícil e cercada de interesses contraditórios, a futura instituição da responsabilidade segue a tendência de aprimorar os mecanismos existentes na ordem internacional; a segunda é que o direito internacional está em um período de transição na ordem mundial, de um modelo baseado quase que exclusivamente na divisão estatal para outro em que surgem novos atores com vozes ativas e em que a força da proteção internacional dos direitos humanos, por meio da difusão de sua violação pelos meios de comunicação social e da indignação da opinião pública face a estes, apresenta-se como um aspecto crucial²¹²⁶. Tais períodos são considerados ricos, porque permitem a criação de instituições, já que começa um processo de flexibilização dos esquemas teóricos anteriores²¹²⁷. Nesse quadro, a responsabilidade direta das empresas multinacionais é um desenvolvimento possível e desejável na comunidade internacional, sob pena de os direitos dessas empresas substituírem os direitos das pessoas e da natureza²¹²⁸.

²¹²¹ Ibidem, p. 54.

²¹²² Ibidem, p. 54.

²¹²³ ESCARAMEIA, 2003, p. 164.

²¹²⁴ Ibidem, p. 165.

²¹²⁵ Ibidem, p. 165.

²¹²⁶ Ibidem, p. 164.

²¹²⁷ Ibidem, p. 164.

²¹²⁸ Os seres humanos como cidadãos da terra, com deveres e direitos, têm sido substituídos por empresas, sem deveres para com a natureza ou a sociedade, apenas direitos ilimitados para explorar a ambos, a natureza e as pessoas (SHIVA, 2016, p. ix).

CAPÍTULO III

OS DIREITOS HUMANOS E OS INVESTIDORES ESTRANGEIROS

1 Enquadramento

A análise da proteção dos direitos humanos revela que, embora possam ser reconhecidos como aplicáveis às relações privadas, não há meios para a responsabilização direta dos particulares. Com isso, o direito internacional mantém o Estado responsável e ignora o infrator original dos direitos humanos²¹²⁹. Nesse quadro, a possibilidade de as vítimas dos abusos de direitos humanos praticados por investidores estrangeiros reclamarem por danos sofridos em relação aos violadores reais é limitada²¹³⁰, comparada às possibilidades em relação às violações pelo Estado²¹³¹.

No caso de responsabilização do Estado, as vítimas podem pleiteá-la em pelo menos três níveis: nacional, regional e internacional, enquanto que em relação ao abuso de direitos humanos por empresas multinacionais, às vítimas resta o âmbito nacional²¹³². Tal situação tem acarretado discussões que geralmente seguem duas linhas: uma favorável à responsabilidade direta dos atores privados, tanto no direito interno dos Estados quanto no direito internacional, e outra sustentada pela comunidade empresarial e alguns Estados, que entendem que a proteção dos direitos humanos constitui responsabilidade exclusiva destes,

²¹²⁹ WESCHKA, M. Human Rights and Multinational Enterprises: How Can Multinational Enterprises Be Held Responsible for Human Rights Violations Committed Abroad? In: **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, v. 66, p. 625-661, 2006.

²¹³⁰ SALMÓN, E. (Coord.). **La progresiva Incorporación de las empresas multinacionales en la lógica de los derechos humanos**. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p.135.

²¹³¹ SMITH, E. F. Right to Remedies and the Inconvenience of Forum Non Conveniens: Opening U.S. Courts to Victims of Corporate Human Rights Abuses In: **Columbia Journal of Law and Social Problems**, v. 44, p. 145-192, 2010.

²¹³² *Ibidem*, p. 156.

cabendo aos atores privados apenas contribuir para seu progresso por meios voluntários²¹³³. Diante das controvérsias, e sendo evidente o enfraquecimento do Estado em relação a outras formas de autoridade, torna-se necessário refletir sobre a melhor maneira de garantir o respeito à dignidade humana²¹³⁴.

Durante um bom tempo, economistas, juristas e cientistas sociais concordaram que os investimentos estrangeiros poderiam ser um mecanismo estimulante para os direitos humanos, principalmente nos países em desenvolvimento²¹³⁵. Entendia-se que estimularia o crescimento econômico, o desenvolvimento e o emprego e contribuiria para a melhoria nos padrões de direitos humanos pela simples presença dos investimentos²¹³⁶. Apesar disso, há poucas evidências de que os investimentos promovam tais efeitos, especialmente nos países em desenvolvimento²¹³⁷.

Na prática, as externalidades negativas da globalização manifestam-se por fenômenos como aqueles em que as multinacionais, majoritariamente sediadas em países desenvolvidos, tendem a investir no estrangeiro, com frequência em países em desenvolvimento, levando a cabo atividades nocivas para o ambiente, a saúde e a segurança, atraídas por padrões de proteção de direitos humanos e do ambiente quase, ou mesmo, inexistentes²¹³⁸. Dessa forma, os investidores exercem um poder considerável sobre indivíduos, comunidades e populações indígenas, sem que lhes sejam imputadas as responsabilidades correspondentes²¹³⁹. Daí o reforço na discussão sobre o vínculo normativo entre os direitos humanos e o regime do investimento estrangeiro²¹⁴⁰.

A questão não é recente²¹⁴¹, pois existem registros de abusos de direitos humanos e protestos contra multinacionais desde a Companhia Holandesa das Índias Ocidentais, fundada

²¹³³ CHIRWA, 2004, p. 3.

²¹³⁴ DANAILOV, S. **The Accountability of Non-State Actors for Human Rights Violations: the Special Case of Transnational Corporations**. Genebra, out. 1998, p. 4-5. Disponível em: <http://www.humanrights.ch/upload/pdf/000303_danailov_studie.pdf>. Acesso em: 19 out. 2014.

²¹³⁵ ČERNIČ, J. L. Corporate Responsibility for Human Rights: A Critical Analysis of the OECD Guidelines for Multinational enterprises. In: **Hanse Law Review**, v. 4, n. 1, 2008.

²¹³⁶ Ibidem, p. 72. Spar (1999) afirma que o investimento estrangeiro tende a melhorar as condições de direitos humanos nos países em desenvolvimento como resultado direto da atividade de uma empresa e como resultado indireto das condições criadas pelos investimentos.

²¹³⁷ ČERNIČ, 2008, p. 72. Nesse sentido: LETNES, B. Foreign Direct Investment and Human Rights: an ambiguous relationship. In: **Forum for Development Studies**, n. 1, p. 1-57, 2002.

²¹³⁸ BARROS, A. S. **Multinacionais e a deslocalização de indústrias perigosas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 16.

²¹³⁹ ČERNIČ, 2008, p. 72.

²¹⁴⁰ Ibidem, p. 72.

²¹⁴¹ Sobre os deveres dos atores privados no direito internacional: PAUST, J. J. Nonstate Actor Participation in International Law and the Pretense of Exclusion. In: **Virginia Journal of International Law**, v. 51, n. 4, p. 977-1004, 2011.

em 1602 e cuja atividade era o comércio transoceânico de escravos²¹⁴². Os protestos tiveram lugar a partir de 1696, quando os *quakers* insurgiram-se contra a natureza do negócio, afirmando que a atividade era incompatível com a vontade de Deus e com padrões mínimos de justiça²¹⁴³. Os desafios, entretanto, agravaram-se com a globalização, pois cada vez mais o gozo dos direitos humanos está ligado às decisões de atores privados, como os investidores estrangeiros, por exemplo, no acesso a medicamentos essenciais que não depende apenas das ações do Estado, mas também das empresas farmacêuticas²¹⁴⁴.

Com o aumento da privatização, o acesso a serviços básicos, como água, saúde, educação e energia, também depende das ações e das políticas de prestadores de serviços privados. Além disso, as experiências demonstram que os atores não estatais podem e, muitas vezes, violam direitos humanos²¹⁴⁵. O papel das instituições sociais no cenário global e das organizações que atuam nele, como mercados, empresas e os meios de comunicação, tem moldado a vida dos cidadãos de maneira profunda e inevitável²¹⁴⁶. Se antes as multinacionais estavam autorizadas a comprar e vender seres humanos, atualmente não podem mais fazê-lo, embora comprem e vendam produtos e serviços que podem ser desenvolvidos sob condições que violam direitos humanos²¹⁴⁷.

Apesar desse quadro que demonstra um potencial nocivo das empresas multinacionais sobre os direitos humanos, estudos recentes na área da administração de empresas apontam em direção à necessidade de interação entre negócios e direitos humanos. Michael Porter explica que será necessário adotar uma perspectiva de valor compartilhado (*shared value*), de modo que se aborde a questão social como um modelo de negócio. Trata-se de criar valor social e econômico simultaneamente. Ao encontrar essas oportunidades que desencadearão uma maior possibilidade de realmente resolver os problemas sociais, todos ganham²¹⁴⁸. Mas para que essa solução funcione, será preciso mudar o modo como os próprios negócios se

²¹⁴² FØLLESDAL, 2011, p. 132.

²¹⁴³ Ibidem, p. 133.

²¹⁴⁴ CHIRWA, 2004, p. 02.

²¹⁴⁵ Ibidem, p. 2. O efeito do investimento estrangeiro nos direitos humanos pode ser variável, a depender da natureza do investimento, do país anfitrião, do setor, das motivações do investidor e das políticas dos países (ČERNIČ, 2008, p. 75).

²¹⁴⁶ FØLLESDAL, 2011, p. 133.

²¹⁴⁷ Ibidem, p. 138.

²¹⁴⁸ Um exemplo está na empresa americana de roupas esportivas Patagonia. A marca faz sucesso sugerindo a seus consumidores que comprem pouco, incluindo seus próprios produtos. Afinal, para a empresa, o consumo excessivo faz mal ao planeta. E se faz mal ao planeta, é ruim para a empresa também. A empresa, que fatura mais de meio bilhão de dólares, possui um modo de agir inusitado, mas que coincide com os preceitos da responsabilidade social. O que à primeira vista pode parecer ineficiente no mercado contribuiu para que a empresa quase dobrasse suas vendas desde 2008 — que chegaram a 600 milhões de dólares em 2015 (TORRES, 2016, p. 199).

veem, alterando a visão convencional para uma visão que afasta a divisão, a tensão entre os negócios e os problemas sociais²¹⁴⁹.

Sustenta-se que o valor compartilhado poderia reformular o capitalismo e suas relações com a sociedade e impulsionar a próxima onda de inovação e crescimento da economia global, uma vez que abre os olhos dos gestores às imensas necessidades humanas que devem ser atendidas, aos novos mercados a serem servidos e aos custos internos dos déficits sociais²¹⁵⁰. Alguns líderes de grandes empresas multinacionais, como a Nestlé S.A., Nespresso, The Coca-Cola Company e outras, afirmam que o valor compartilhado representa uma ferramenta poderosa para gerar impactos sociais e econômicos benéficos tanto para as comunidades quanto para os negócios²¹⁵¹. Todavia, enquanto a incorporação desse conceito não ocupar o centro das políticas empresariais²¹⁵², o direito internacional deverá enfrentar o problema dos abusos de direitos humanos pelos investidores estrangeiros através de mecanismos adequados.

2 A natureza dos abusos de direitos humanos pelos investidores estrangeiros

As empresas multinacionais têm sido acusadas de envolvimento direto e indireto em abusos a direitos humanos em suas variadas dimensões: política, civil, social, econômica ou cultural²¹⁵³. As denúncias são frequentes²¹⁵⁴ e vêm acompanhadas de consequências

²¹⁴⁹ PORTER, M. The case for letting business solve social problems. **TED**, out. 2013. (transcrição de fala). Disponível em: <www.ted.com/talks/michael_porter_why_business_can_be_good_at_solving_social_problems/transcript>. Acesso em: 20 nov. 2016.

²¹⁵⁰ PORTER, M.; KRAMER, M. R. Creating Shared Value. In: **Harvard Business Review**, 89, n. 1-2, p. 62-77, jan.-fev. 2011.

²¹⁵¹ SHARED VALUE INITIATIVE. **Thought Leaders**. S/d. Disponível em: <<http://sharedvalue.org/partners/thought-leaders?page=1>>. Acesso em 20 nov. 2016. Em uma comparação entre as empresas e as borboletas, Mackey e Sisodia (2013, p. 34) afirmam que as empresas podem ser como lagartas, dedicadas apenas a maximizar os próprios lucros, retirando da natureza e dos seres humanos os recursos para alcançar tal objetivo, ou, podem se reinventar como agentes de criação e colaboração, contribuindo para a criação de múltiplos tipos de valores em tudo o que fazem.

²¹⁵² Em levantamento com 44 empresas da zona metropolitana do Porto apurou-se que 90% desconhecem o termo, conceito e linhas orientadoras do *shared value*. Também demonstraram desconhecer empresas que pratiquem ações de *creating shared value* (SEQUEIRA, 2013, p. 36).

²¹⁵³ DANAILOV, 1998, p. 6. As multinacionais podem ter um impacto no gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, por sua influência sobre o direito ao trabalho e o direito de associação. Podem afetar direitos civis e políticos. Também, podem causar danos ambientais com impactos à saúde, à vida, aos direitos das minorias e ao direito à autodeterminação dos povos (GATTO, 2011, p. 9). Sobre desigualdade de gênero e as multinacionais: GONZÁLEZ, E.; RAMIRO, P. Multinacionales, impactos y desigualdades de género. In: **Pueblos**, n. 55, p. 12-13, 2013.

desastrosas, pois, com frequência, as manifestações do poder das multinacionais são proporcionais aos custos humanos de suas atividades²¹⁵⁵. Entre os abusos, há casos de crimes contra a humanidade, tortura, discriminação racial, genocídio, trabalho forçado e infantil, escravidão, degradação ambiental e uma gama de violações aos direitos humanos de comunidades locais e povos indígenas²¹⁵⁶. O setor extrativo — óleo, gás e mineração — representa a maioria das denúncias por ou envolvendo corporações. As indústrias de alimentos e bebidas também são acusadas, seguidas pela de vestuário e calçado e do setor de tecnologia da informação e comunicação²¹⁵⁷.

Nos quadros mais graves, casos como o vazamento de mais de 40 toneladas de veneno de uma fábrica de pesticidas da Union Carbide em Bhopal, na Índia, com cerca de 50 mil pessoas incapacitadas e 15 mil mortos após o incidente²¹⁵⁸; atos de tortura e execução sumária imputados às forças armadas nigerianas e a policiais atuando em conjunto com a Chevron para reprimir protestos contra as práticas ambientais da empresa no Delta do Níger²¹⁵⁹; tráfico de seres humanos e trabalho escravo no cultivo de cacau por Nestlé, Archer Daniels Midland e Cargill, em fazendas na Costa do Marfim²¹⁶⁰; administração sem consentimento de medicamentos em teste em crianças nigerianas pela Pfizer²¹⁶¹; danos ambientais causados pela extração de petróleo feita pela Royal Dutch/Shell na região de Ogoni, na Nigéria²¹⁶²; danos durante um tiroteio pelo pessoal de segurança do Tahoe Resources, em resposta a um protesto pacífico contra a mina da empresa e seu impacto potencial no abastecimento de água e a falta

²¹⁵⁴ Ruggie (2008, p. 14) analisou mais de 300 denúncias na *webpage* do Business and Human Rights Resource Centre entre fevereiro de 2005 e dezembro de 2007.

²¹⁵⁵ GLOBAL EXCHANGE. **Top 10 Corporate Criminals List**. 2016. Disponível em: <<http://www.globalexchange.org/corporateHRviolators>>. Acesso em: 19 out. 2014. Em alguns casos, os denunciadores e ativistas de direitos humanos tornam-se vítimas do poder das empresas multinacionais (CENTRO DE ACCIÓN LEGAL-AMBIENTAL Y SOCIAL DE GUATEMALA, 2016).

²¹⁵⁶ ČERNIČ, 2008, p. 76.

²¹⁵⁷ Ibidem, p. 76.

²¹⁵⁸ BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. **Perfil do Caso: Union Carbide/Dow lawsuit (re Bhopal)**. S.d. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/union-carbidedow-lawsuit-re-bhopal#c9302>>. Acesso em: 19 out. 2014.

²¹⁵⁹ BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. **Perfil do Caso: Chevron lawsuit (re Nigeria)**. S.d. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/chevron-lawsuit-re-nigeria#c9310>>. Acesso em: 19 out. 2014.

²¹⁶⁰ BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. **Perfil do Caso Nestlé, Cargill, Archer Daniels Midland lawsuit (re Côte d'Ivoire)**. S.d. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/nestl%C3%A9-cargill-archer-daniels-midland-lawsuit-re-c%C3%B4te-divoire>>_. Acesso em: 19 out. 2014. A ONG Get Inspired promoveu uma campanha de conscientização sobre a situação das crianças que trabalham nos campos de cacau na Costa do Marfim: GET INSPIRED. Peça Publicitária. 2014. 1 min 40 s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=RAwyN7izOck>>. Acesso em: 20 dez. 2014..

²¹⁶¹ BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. **Perfil do Caso: Pfizer lawsuit (re Nigeria)**. S.d. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/pfizer-lawsuit-re-nigeria>>. Acesso em: 19 out. 2014.

²¹⁶² BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. **Perfil do Caso: Shell lawsuit (re Nigeria - Kiobel & Wiwa)**. S.d. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/shell-lawsuit-re-nigeria-kiobel-wiwa>>. Acesso em: 19 out. 2014.

de consulta à comunidade, na Guatemala²¹⁶³; trabalho forçado, assassinato, estupro e tortura por militares de Mianmar na construção de um gasoduto, imputando-se a Unocal a cumplicidade pelos abusos; a pulverização de herbicida pela DynCorp, de forma imprudente, em um programa da Colômbia e dos EUA para combater a produção de drogas, causando problemas de saúde e destruição de culturas alimentares e de gado de cerca de 10 mil moradores da região de fronteira, além da morte de crianças²¹⁶⁴. Os cenários de diferentes partes do mundo ilustram a amplitude e a intensidade da questão.

Nas últimas décadas, há um conjunto crescente de evidências de que o impacto do investimento estrangeiro em comunidades pobres nos países em desenvolvimento acarreta diversas violações de direitos humanos²¹⁶⁵. Wright (2008), em uma análise sobre os dados do relatório sobre as relações entre direitos humanos e empresas, conduzido por Ruggie, identificou características da natureza e do alcance das violações. Constatou que as multinacionais são acusadas de impactar toda a gama de direitos humanos; verificou que um suposto abuso, muitas vezes, gerou impacto sobre vários outros direitos humanos; identificou que abusos iniciais parecem levar a outras acusações e que danos ambientais estavam ligados a impactos em outros direitos humanos; verificou que questões ligadas à corrupção apareceram em cerca de um quarto dos casos e que os impactos sobre os trabalhadores e as comunidades ocorreram em proporções iguais, ambas em 45% dos casos. Por fim, concluiu que cerca de 60% dos casos apresentaram formas diretas de envolvimento, por atos ou omissões das empresas nas violações, e, em cerca de 40% dos casos, o envolvimento foi indireto, com as empresas denunciadas por contribuírem ou beneficiarem-se de abusos cometidos por terceiros, como fornecedores e outros²¹⁶⁶.

Como o envolvimento das multinacionais nos abusos de direitos humanos pode ocorrer de modos distintos²¹⁶⁷, haverá envolvimento direto, diante de ações ou omissões da empresa que violam direitos humanos, por exemplo, na recusa de contratar pessoas em função

²¹⁶³ BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. **Perfil do Caso: Tahoe Resources lawsuit (re Guatemala)**. S.d g. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/tahoe-resources-lawsuit-re-guatemala>>. Acesso em: 19 out. 2014.

²¹⁶⁴ BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. **Perfil do Caso DynCorp lawsuit (re Colombia & Ecuador)**. S.d j. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/dyncorp-lawsuit-re-colombia-ecuador#c9308>>. Acesso em: 20 out. 2014.

²¹⁶⁵ ČERNÍČ, 2008. p. 74.

²¹⁶⁶ WRIGHT, M. Corporations and Human Rights: A Survey of the Scope and Patterns of Alleged Corporate-Related Human Rights Abuse. **Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper**, n. 44, Cambridge, 2008. Disponível em: <http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_44_Wright.pdf>. Acesso em: 21 out. 2014, p. 2-3.

²¹⁶⁷ WESCHKA, 2006, p. 627.

do gênero com impacto no direito à não discriminação²¹⁶⁸. Tais situações são facilmente identificáveis, pois é a própria empresa quem infringe os direitos humanos²¹⁶⁹. Segundo Wright (2008), os casos em que as empresas são acusadas de violações diretas são constatados em todas as regiões e setores, e os abusos impactam todos os grupos de pessoas, trabalhadores, comunidades e consumidores.

O envolvimento também poderá ocorrer de modo indireto, quando as empresas são acusadas de contribuir ou beneficiarem-se dos abusos praticados por terceiros²¹⁷⁰. Nesse cenário, inserem-se os abusos decorrentes da cadeia de fornecimento da empresa²¹⁷¹. Vários mecanismos permitem que uma empresa contribua ou beneficie-se dos abusos de direitos humanos, como por meio de filiais, *joint ventures* ou outras parcerias que formam uma rede de relacionamento em cadeia²¹⁷². As empresas também podem ser cúmplices ou beneficiarem-se de violações pelos próprios Estados receptores, por exemplo, se as instalações da empresa são protegidas pelas forças militares do Estado com uso de violência excessiva contra manifestantes pacíficos²¹⁷³.

Os casos de envolvimento indireto são multidimensionais, com dois ou mais atores, o terceiro ou terceiros abusando diretamente, e da empresa, como a que contribui ou obtém benefícios a partir dos abusos²¹⁷⁴. Tais casos indicam impactos sobre toda a gama de direitos. As relações com os abusos variam desde a simples presença em uma região onde os abusos ocorrem até empréstimos para atores que violam os direitos humanos²¹⁷⁵.

Schierbeck (apud DANAILOV, 1998, p. 6) identificou cinco situações em que a posição da empresa em relação à violação de direitos humanos pode ser suscitada: a empresa pode fazer negócios em um país onde ocorrem violações a direitos humanos, o que pode ser visto como apoio direto ou indireto às violações; nos meios de produção envolvidos, por exemplo, se os fornecedores utilizam-se de mão de obra infantil ou um trabalho que representa risco à saúde e à segurança; a possível utilização de produtos da empresa em situações que envolvam violação de direitos humanos; a atitude dentro da empresa, como a proibição dos sindicatos, a discriminação de trabalhadores; e na informação sobre o uso do produto, quando os consumidores expostos a riscos não são informados.

²¹⁶⁸ WRIGHT, 2008, p. 14.

²¹⁶⁹ WESCHKA, 2006, p. 627.

²¹⁷⁰ WRIGHT, 2008, p. 14.

²¹⁷¹ Ibidem, p. 14-15.

²¹⁷² ČERNÍČ, 2008, p. 74.

²¹⁷³ WESCHKA, 2006, p. 627.

²¹⁷⁴ WRIGHT, 2008, p. 15.

²¹⁷⁵ Ibidem, p. 15.

A relação entre as empresas multinacionais e os direitos humanos é, portanto, complexa, com nuances que incluem desde a violação direta de direitos humanos, o apoio dessas empresas a outras formas de violação indireta até, e apesar do fato de que podem ameaçar direitos humanos, uma influência positiva, quando há melhora na condição de vida da população²¹⁷⁶.

3 A aplicação dos direitos humanos às empresas multinacionais

Na busca pela identificação de quais direitos humanos podem ser aplicados às multinacionais, há os que sustentam que apenas obrigações negativas podem ser aplicadas²¹⁷⁷. Com isso, tem-se verificado tentativas de limitar a responsabilidade das empresas sobre os direitos. Para Ruggie (2008, p. 15), isso demonstra o lado errado da equação, de uma lista de direitos relacionada a uma responsabilidade imprecisa e expansiva, em vez da definição de responsabilidades específicas em relação a todos os direitos. Isso porque a responsabilidade das empresas multinacionais de respeitar os direitos humanos existe independentemente dos deveres do Estado, e não causar danos não é apenas uma responsabilidade passiva, mas envolve medidas positivas²¹⁷⁸.

Pela tipologia tripartite aplicada na definição da estrutura das obrigações de direitos humanos, identifica-se que a obrigação de respeitar corresponde às obrigações negativas, que têm sido objeto de menor controvérsia²¹⁷⁹. Para uma empresa, a obrigação de respeitar pode surgir em vários níveis, por exemplo, na obrigação de abster-se de uma intervenção nos direitos dos empregados, de apoiar os Estados em medidas que podem consistir em violações de direitos humanos e outras²¹⁸⁰. Portanto, as empresas devem abster-se de atos que resultem em violação de direitos humanos, tanto de modo independente quanto pela participação de terceiros²¹⁸¹.

Além disso, a obrigação de respeitar os direitos humanos implica que as empresas mostrem que os respeitam, através de certas políticas e processos, como de um compromisso

²¹⁷⁶ GATTO, A. **Multinational enterprises and human rights**: obligations under EU law and international law. Northampton: Edward Elgar, 2011, p. 9.

²¹⁷⁷ JÄGERS, 2002, p. 76.

²¹⁷⁸ RUGGIE, J. **Report to the Human Rights Council**. New York: Human Rights Council, 2008. p. 17. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/8session/A-HRC-8-5.doc>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

²¹⁷⁹ Ibidem, p. 77.

²¹⁸⁰ Ibidem, p. 80.

²¹⁸¹ Ibidem, p. 81-82.

político de assumir as responsabilidades sobre direitos humanos, de um processo adequado de devida diligência para identificar, mitigar, prevenir e responsabilizar-se pelos impactos, e de processos que permitam a reparação de qualquer impacto sobre direitos humanos que tenham causado ou para o qual tenham contribuído²¹⁸².

Jägers (2002, p. 76-83) defende que obrigações positivas também podem ser reconhecidas às empresas multinacionais; sobre a obrigação de proteger, trata-se de obrigação positiva que pode ser realizada por diversos meios e refere-se à relação da empresa quanto a terceiros. Para uma empresa, tal obrigação alcança a de proteger os indivíduos dos atos danosos de um terceiro, o que se dará com relação a (sub) contratantes, parceiros, fornecedores e outros. Em muitos países, os principais problemas de direitos humanos residem nos parceiros de negócios²¹⁸³; as empresas têm a obrigação positiva de tomar medidas para assegurar que estes não violem direitos humanos²¹⁸⁴.

No que se refere à obrigação de garantir, por sua natureza programática e pela exigência de uma ação positiva, trata-se do modo mais controverso de imposição de obrigação às empresas multinacionais, pois alguns afirmam que os Estados são e deveriam ser os principais responsáveis²¹⁸⁵. Contudo, as multinacionais podem ter um papel importante quando operam em um território em que o próprio Estado não seja capaz de fazê-lo ou quando desempenha funções governamentais tradicionais. Nesse caso, o tamanho e os recursos da empresa serão decisivos²¹⁸⁶.

Com efeito, as empresas têm um grande e pouco explorado potencial para promoção de direitos humanos por meio de seus investimentos e da promoção do crescimento econômico, reforçando as condições para o gozo dos direitos humanos²¹⁸⁷. Aceitar que as empresas possuem obrigações positivas de usar sua influência para promover direitos humanos significa permitir que tal influência e seu poder sirvam também em prol dos

²¹⁸² ONU. **Frequently Asked Questions about the Guiding Principles on Business and Human Rights**. New York/Geneva: United Nations Human Rights/Office of the High Commissioner, 2014. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQ_PrinciplesBusinessHR.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2017, p. 26.

²¹⁸³ JÄGERS, 2002, p. 83.

²¹⁸⁴ Ibidem, p. 84.

²¹⁸⁵ Ibidem, p. 84.

²¹⁸⁶ Ibidem, p. 84-85.

²¹⁸⁷ GATTO, 2011, p. 13.

interesses sociais. Nessa linha, não basta que a multinacional não viole, não contribua ou não estimule a violação de direitos humanos²¹⁸⁸.

Para De Schutter (2005, p. 407), a mera imposição de obrigações negativas é falha, pois é insuficiente para proteger os investimentos das multinacionais em países em desenvolvimento; embora não seja diretamente fonte de violações dos direitos humanos, não contribuirão para o desenvolvimento do país por conta da forma como são conduzidos ou em função do contexto geral. Também não assegura que a presença da multinacional em um país em desenvolvimento contribuirá para melhorar o nível desse país no campo dos direitos humanos, apesar de o investidor poder incentivar essas melhorias. Finalmente, não evita que, como consequência da concorrência entre os Estados, sejam diminuídos os salários dos trabalhadores menos qualificados em países mais desenvolvidos em função do receio da terceirização de determinadas atividades para países em desenvolvimento com menores exigências e que, no país receptor, as desigualdades serão acentuadas entre os mais bem qualificados e os que possuem uma força de trabalho pouco qualificada. Por isso, sustenta que devem ser identificados meios pelos quais as multinacionais sirvam como instrumentos para alavancar mudanças positivas, proporcionais à influência que exercem, e propõe que sejam compreendidas como ferramenta para provocar o tipo de globalização que se acredita que contribuirá para a realização do direito ao desenvolvimento.

No âmbito das ONGs, a Anistia Internacional tem afirmado que a comunidade empresarial tem uma responsabilidade mais ampla, legal e moral, de usar sua influência para promover os direitos humanos. Desse modo, tem o dever de usar sua influência para tentar fazer cessar as violações cometidas pelos governos dos países em que operam, já que regularmente tentam influenciar os governos em matérias de políticas tributárias ou comerciais, ambientais e trabalhistas²¹⁸⁹. Por isso, desenvolveu-se um conjunto de princípios, baseados em padrões internacionais, para auxiliar as empresas no desempenho de seu papel em situações de violações de direitos humanos ou potencial para tais violações²¹⁹⁰. Por esses princípios, as multinacionais podem melhorar sua capacidade de promover direitos humanos a partir de uma política explícita da empresa, do treinamento de seus administradores e colaboradores sobre padrões de direitos humanos, preferencialmente com a assistência de

²¹⁸⁸ DE SCHUTTER, O. Transnational Corporations as instruments of human development. In: ALSTON, P.; ROBINSON, M. **Human rights and development: towards mutual reinforcement**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 407.

²¹⁸⁹ ANISTIA INTERNACIONAL. Human Rights Principles for Companies. In: STEINER, H. J.; ALSTON, P. **International Human Rights in Context: law, politics, morals**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1351.

²¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 1351.

ONGs, da consulta a essas organizações sobre o nível e a natureza dos abusos de direitos humanos em diferentes países e, ainda, do estabelecimento de um quadro claro para a avaliação do impacto potencial de toda a empresa e sua cadeia de fornecimento²¹⁹¹.

Entre as medidas voltadas para essa finalidade, por exemplo, está um conjunto de avaliações feitas pelo Conselho Norueguês de Ética para o Fundo de Pensões Global do governo. O órgão avalia empresas para afastá-las de receber investimentos do governo quando exista um risco inaceitável de que o fundo possa contribuir para atos ou omissões antiéticas, como violações graves dos direitos humanos, corrupção ou danos ambientais graves²¹⁹². Nessa linha, se as multinacionais não querem ser responsabilizadas por abusos de direitos humanos, deverão dispor de toda sua estrutura para identificar os possíveis danos decorrentes de sua atividade e cadeia de produção e fornecimento e adotar medidas proativas que garantam o respeito a tais direitos.

4 A extensão da responsabilidade das empresas multinacionais

Para avaliar a extensão da responsabilidade das empresas multinacionais sobre os direitos humanos e como elas podem ser responsabilizadas por abusos relacionados a suas atividades²¹⁹³, utiliza-se o conceito de “diligência devida”, com o qual se busca descrever as medidas que as empresas devem adotar para prevenir e enfrentar os impactos negativos que podem agir sobre os direitos humanos²¹⁹⁴.

Para Ruggie (2008, p. 17), o alcance do conceito compreende três fatores: o primeiro refere-se ao contexto do país no qual as atividades da empresa são desenvolvidas, para desvendar qualquer desafio que os direitos humanos possam apresentar. O segundo, quais impactos sobre os direitos humanos suas atividades podem ter, por exemplo, na condição de produtores, empregadores, vizinhos. E o terceiro, como podem contribuir com as violações pelos relacionamentos ligados a suas atividades, como parceiros, fornecedores e outros.

Um processo básico de diligência devida implica que a empresa deve adotar políticas voltadas aos direitos humanos, considerar previamente o impacto de suas atividades, integrar

²¹⁹¹ Ibidem, p. 1353.

²¹⁹² CLAPHAM, A. Non-state Actors. In: CHETAIL, V. (Ed.). **Postconflict peace-building: a lexicon**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 200-212. Nessa linha, a decisão do parlamento norueguês de desinvestir bilhões de dólares em empresas cujas atividades dependem do carvão, pelos prejuízos ao ambiente (BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, s.d. k).

²¹⁹³ ČERNIČ, 2008, p. 74.

²¹⁹⁴ RUGGIE, 2008, p. 17.

as políticas de direitos humanos com as da empresa, e monitorar e acompanhar os próprios processos em todos os setores e departamentos da empresa²¹⁹⁵. É através desse processo que a empresa identifica as informações que precisa para compreender os riscos específicos de direitos humanos em um determinado ponto no tempo e em um contexto de operação específico, assim como, as ações necessárias para evitá-los ou mitigá-los²¹⁹⁶. Os riscos de direitos humanos referem-se aos riscos de ocorrer um impacto adverso sobre os direitos humanos. Nesse aspecto, importam não apenas os riscos que a empresa apresenta aos direitos humanos, mas os que podem ser causados a tais direitos em relação às operações da empresa, produtos e serviços²¹⁹⁷.

Ao avaliar os impactos reais ou potenciais sobre direitos humanos, as empresas devem prestar atenção particular aos grupos vulneráveis e marginalizados, visto que, em algumas sociedades, alguns padrões de discriminação podem ser difundidos, e mesmo que a empresa não seja responsável pelas práticas discriminatórias, deve assegurar-se de que não contribua para exacerbar a discriminação²¹⁹⁸. Com isso, o processo de avaliação dos impactos de direitos humanos deve ser sistemático, de modo que vários elementos contribuam para uma visão coerente no processo de diligência devida.

Daí a importância de identificar a extensão da “esfera de influência da empresa”, para definir o alcance do dever de diligência devida. A noção “esfera de influência” parte da ideia de que as decisões das empresas multinacionais ultrapassam o espaço da sede e das filiais e alcançam empresas das quais participam e sua cadeia de fornecimento²¹⁹⁹. Além disso, muitas vezes, compõem-se por uma rede de fornecedores e subcontratados sediados em países com baixo custo de mão de obra e onde os trabalhadores e a comunidade são mal representados²²⁰⁰. O conceito foi introduzido no discurso da responsabilidade social da empresa pelo Global Compact como uma metáfora em que a esfera era expressa por círculos concêntricos com as operações da empresa no centro, movendo-se para fora em direção aos fornecedores, à comunidade e outros, com a suposição de que a “influência” e a

²¹⁹⁵ Ibidem, p. 18-19.

²¹⁹⁶ UNITED NATIONS. **The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: an interpretative guide.** New York/Geneva: United Nations Human Rights/Office of the High Commissioner, 2010. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_En.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2017, p. 31.

²¹⁹⁷ Ibidem, p. 32.

²¹⁹⁸ Ibidem, p. 41. Uma iniciativa, nessa linha, refere-se ao Guia para as Empresas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências, que demonstra como as empresas podem respeitar e apoiar estes direitos (ONU, s.d.).

²¹⁹⁹ MAUREL, O. L'appel à une nouvelle responsabilité des entreprises. In: **La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme.** Paris: La Documentation française, 2009, p. 43.

²²⁰⁰ Ibidem, p. 43.

responsabilidade da empresa declinam de um círculo para o outro²²⁰¹. A metáfora continua a ser útil para as empresas refletirem sobre seus impactos nos direitos humanos além do local de trabalho e na identificação de oportunidades para apoiá-los²²⁰².

Apesar da indefinição do termo “esfera de influência”, destaca-se a existência de doutrina que tem buscado interpretá-lo²²⁰³. Para Shinn (apud GASSER, 2007, p. 4), existem sinais que sugerem uma interpretação ampla, e quanto mais próximo a empresa esteja das vítimas, maior a responsabilidade sobre o impacto de suas ações; quanto mais próximo estiver daqueles que cometem violações, maior o perigo. E quanto mais sistemática a natureza e escala das violações, mais perigosas elas são. Shinn afirma ainda que as empresas não devem limitar-se ao conceito legal, ainda que este seja um teste vital para sua responsabilidade, pelo que as convoca a mergulhar em um mar mais profundo, o da moral e da política pública.

De outro lado, Jungk (2007, p. 4) sustenta que a interpretação da “esfera de influência” deverá ser restritiva e pode ser preenchida, em primeiro, com a responsabilidade das empresas em agirem como um governo em relação a seus trabalhadores, que seriam como seus cidadãos, e promover, proteger e garantir seus direitos; em segundo, as empresas têm o dever de assegurar que seus produtos não sejam utilizados na violação dos direitos humanos. Nessa linha, a responsabilidade só deve estender-se ao que a empresa poderia ter previsto como potencial utilização indevida de seus produtos; em terceiro, a empresa deveria assumir responsabilidades positivas em relação a quem resida em seu país. Por último, devem assumir deveres positivos quando, de fato, substituem o governo.

Ruggie (2008, p. 19), porém, entende que uma abordagem mais rigorosa é necessária porque a esfera de influência une significados diferentes: um é o impacto no qual as atividades da empresa ou sua rede de relacionamento causam danos aos direitos humanos, e o outro é a influência que uma empresa pode ter sobre os atores que estão causando danos. Destaca-se que a mera proximidade da empresa com o entorno pode ser ilusória, pois suas atividades podem afetar direitos de pessoas distantes do centro de suas atividades, como em violações à privacidade por provedores de serviços de internet²²⁰⁴. Assim, não apenas a

²²⁰¹ RUGGIE, 2011, p. 19.

²²⁰² Ibidem, p. 19.

²²⁰³ GASSER, U. Responsibility for human rights violations, acts or omissions, within the ‘sphere of influence’ of companies. In: **Berkman Center Research Publication**, n. 12, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1077649>>. Acesso em: 25 out. 2014.

²²⁰⁴ BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. **Perfil do Caso Yahoo lawsuit (re China)**. S.d a. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/yahoo-lawsuit-re-china-0#c9340>>. Acesso em: 28 out. 2014.

proximidade determina quando um impacto sobre direitos humanos insere-se na responsabilidade de respeitar, mas a rede de atividades e relacionamentos da empresa²²⁰⁵.

Para Gasser (2007, p. 8), a esfera de influência para cada empresa deve ser analisada em detalhes e caso a caso, por meio de uma visão holística da empresa, seus parceiros e relações com outras entidades e agências governamentais, sua estrutura jurídica e organização, bem como sua propriedade física e suas operações. Por isso, conclui pela dificuldade em defini-la em termos gerais e em nível abstrato.

Entre os conceitos relevantes para estabelecer o alcance da diligência devida está o da “cumplicidade”, pois a responsabilidade das empresas em respeitar os direitos humanos inclui a de evitar a cumplicidade²²⁰⁶. Trata-se do envolvimento indireto em abusos de direitos humanos, em que o dano real é cometido por outra parte, incluindo governos e atores não estatais²²⁰⁷.

A dificuldade está na ausência de testes específicos que possam definir a cumplicidade. Clapham e Jerbi (2001, p. 345) sugerem que ela deveria ser dividida em cumplicidade direta, benéfica, e silenciosa; na primeira, a empresa será diretamente cúmplice de abusos de direitos humanos sempre que decida participar, por meio de assistência, a violações destes. O autor principal não precisa necessariamente ter sido considerado responsável para que a empresa cúmplice seja entendida como tal; tampouco é preciso que a empresa realmente deseje os resultados, bastando que ela ou seus agentes tivessem conhecimento dos efeitos prováveis de sua assistência. Com isso, por exemplo, há os que sustentam pela responsabilidade das empresas que, no conflito de Gaza, ajudaram Israel a violar o direito internacional. Para estes, o fato de as empresas fornecerem equipamentos utilizados durante o conflito torna-as cúmplices²²⁰⁸.

Quanto à cumplicidade benéfica, trata-se de reconhecer que não está circunscrita ao envolvimento indireto na execução de atos ilegais por outrem, mas abrange a posição das empresas quando se beneficiam das violações de direitos humanos cometidas por outros²²⁰⁹. Violações cometidas por forças de segurança, como na supressão de protestos pacíficos contra as atividades da empresa ou no uso de medidas repressivas, na proteção das instalações da

²²⁰⁵ RUGGIE, 2008, p. 20.

²²⁰⁶ GASSER, 2007, p. 20.

²²⁰⁷ Ibidem, p. 21.

²²⁰⁸ DAVID, E. La responsabilité des entreprises privées qui aident Israël à violer le droit international. In: **Revue Belge de Droit International**, v. XLV, p. 123-146, 2012.

²²⁰⁹ CLAPHAM, A.; JERBI, S. Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses. In: **Hastings International and Comparative Law Review**, n. 24, p. 347, 2001.

empresa, são incluídas nesse contexto. O que importa é verificar que, onde as violações ocorrem no contexto do funcionamento da empresa, esta não precisa causar o dano para tornar-se responsável pelos abusos²²¹⁰.

Por fim, a cumplicidade silenciosa reflete a posição das empresas diante das violações de direitos humanos, sistemáticas ou contínuas, pelas próprias autoridades²²¹¹. Trata-se da aceitação pela empresa de violações de direitos humanos, sem que exerça qualquer influência para impedi-las. Reconhece-se, pois, que o silêncio não é neutralidade e que não fazer nada não é uma opção²²¹², tornando-se mais claro que a dimensão moral da ação ou a omissão da empresa assume importância significativa²²¹³.

Ruggie (2008, p. 21) sugere que a simples presença em um país, o pagamento de impostos ou o silêncio em face dos abusos são improváveis de serem considerados equivalentes à assistência prática necessária para a responsabilidade legal; no entanto, os atos de omissão em contextos específicos podem conduzir à responsabilidade legal quando a omissão legitimou ou encorajou abusos.

A Comissão Sul-Africana da Verdade e Reconciliação estabeleceu uma distinção entre “envolvimento de primeira ordem”, no qual inseriu as empresas que, durante o *Apartheid*, desempenharam papel central na implantação de políticas dessa natureza, “envolvimento de segunda ordem”, em que as empresas lucraram por envolverem-se em atividades que promoviam a repressão estatal, e “envolvimento de terceira ordem”, nos casos de atividades empresariais que se beneficiaram indiretamente em virtude da operação dentro de um contexto estruturado sobre as bases do regime²²¹⁴. Com isso, todas as empresas ativas durante o regime deveriam ser responsáveis, pois não usaram de seu poder para promover mudanças. Tem-se, aí, o reconhecimento de um dever mínimo de não cooperar com regimes repressivos²²¹⁵.

Em relação à interpretação legal sobre “ter conhecimento” das violações, a situação varia. Quando aplicada às empresas, pode-se exigir que a empresa tenha conhecimento real ou que “deveria ter conhecimento” de que suas ações ou omissões contribuiriam para um abuso de direitos humanos²²¹⁶. O padrão “deveria ter conhecimento” refere-se ao que se poderia

²²¹⁰ Ibidem, p. 347.

²²¹¹ Ibidem, p. 347.

²²¹² AVERY, C. L. Business and Human Rights in a time of change apud CLAPHAM; JERBI, 2011, p. 347.

²²¹³ CLAPHAM; JERBI, 2001, p. 347.

²²¹⁴ DE SCHUTTER, 2005, p. 427.

²²¹⁵ Ibidem, p. 427.

²²¹⁶ RUGGIE, 2008, p. 21.

esperar que a empresa tivesse conhecimento, dadas as circunstâncias. Ou seja, a relação entre cumplicidade e devida diligência é clara de que as empresas podem evitar cumplicidade, empregando os processos de devida diligência que não se aplicam apenas a suas atividades, mas também às relações ligadas a elas²²¹⁷.

Todavia, não se devem subestimar as dificuldades de categorizar os diferentes significados da cumplicidade no contexto das empresas. Clapham e Jerbi (2001, p. 349) destacam que os limites do que se entende por cumplicidade pode dizer muito sobre o senso de comunidade e responsabilidade para com os outros, bem como sobre as expectativas das comunidades de pessoas afetadas pelas práticas empresariais. Além disso, a noção de cumplicidade revela os desafios no tratamento dos abusos de direitos humanos praticados por multinacionais, pois tanto sua estrutura quanto sua organização são fatores que dificultam a responsabilização por obrigações de direitos humanos²²¹⁸.

Como resultado, as multinacionais operam livres de muitas limitações impostas pelos direitos humanos. As empresas agem e tomam decisões dentro de uma estrutura que se encontra fora das restrições nacionais, por meio de uma extensa rede formada por suas sedes, filiais, sucursais e outras²²¹⁹. Daí porque a efetividade de qualquer padrão normativo é desafiada, de maneira que tais padrões, para tornarem-se efetivos, deveriam ser aplicados com referência a um quadro semelhante²²²⁰.

O entendimento é de que a responsabilidade de respeitar os direitos humanos vai além do respeito às legislações nacionais que protegem os direitos humanos, pois implica um respeito por todos os direitos desse tipo internacionalmente reconhecidos. Tal responsabilidade aplica-se mesmo onde não há normas e regulações nacionais que protejam esses direitos, e, pelas mesmas razões, onde as normas nacionais oferecem um nível de proteção inferior aos padrões reconhecidos internacionalmente, a empresa deve operar observando o padrão mais elevado²²²¹.

5 Os mecanismos para a responsabilização dos investidores estrangeiros

²²¹⁷ Ibidem, p. 21.

²²¹⁸ GATTO, 2011, p. 13.

²²¹⁹ Ibidem, p. 14.

²²²⁰ Ibidem, p. 15.

²²²¹ ONU, 2010, p. 77.

As multinacionais geralmente sustentam que, por serem entidades privadas, não são obrigadas pelos direitos humanos e afirmam que direito e negócios são disciplinas distintas, que não interagem e que tal preocupação é exclusiva dos Estados²²²². Por isso, afirmar a existência de obrigações e tentar listá-las não é suficiente; é necessário identificar mecanismos pelos quais o cumprimento dessas obrigações possa ser incentivado²²²³. Nesse ponto, cabe verificar se os meios existentes são suficientes, ou se o regime precisa ser desenvolvido para garantir melhor proteção aos direitos humanos diante dos investidores estrangeiros²²²⁴.

5.1 Não judiciais

Os mecanismos não judiciais podem desempenhar um papel importante na busca pela responsabilização das multinacionais paralelamente aos processos judiciais²²²⁵. São particularmente significativos nas sociedades que dispõem de instituições bem-estruturadas do ponto de vista do direito, quando podem fornecer um meio mais imediato e acessível como ponto de partida para as reivindicações²²²⁶.

As formas mais visíveis de responsabilização por abusos de direitos humanos surgiram de modo informal em um contexto não governamental²²²⁷ e correspondem aos protestos e aos boicotes. Como as ONGs tornaram-se adeptas à mobilização da opinião pública contra empresas antiéticas, muitas foram as que sofreram exposições negativas, entre elas Nestlé, Shell, McDonalds, Coca-Cola e Nike²²²⁸. Embora o ativismo popular possa ser um mecanismo importante para incentivar as empresas a respeitarem os direitos humanos, não é suficiente, porque as iniciativas tendem a concentrar-se nas mais conhecidas e apenas em setores mais visíveis, como a indústria do vestuário, que tende a responder à pressão, enquanto outras, como as indústrias extrativas, são esquecidas²²²⁹.

Ademais, essas campanhas envolvem um grupo limitado de consumidores, bem-informados, eticamente interessados e localizados principalmente nos países ocidentais²²³⁰.

²²²² GATTO, 2011, p. 15.

²²²³ DE SCHUTTER, 2005, p. 434.

²²²⁴ WESCHKA, 2006, p. 627.

²²²⁵ RUGGIE, 2011, p. 22.

²²²⁶ *Ibidem*, p. 22.

²²²⁷ GATTO, 2011, p.18.

²²²⁸ *Ibidem*, p. 18.

²²²⁹ *Ibidem*, p. 18.

²²³⁰ *Ibidem*, p. 18.

Por isso, tais mecanismos correspondem a um primeiro passo em direção à responsabilidade das empresas multinacionais, mas não podem ser considerados satisfatórios e como o único meio de proteção dos direitos humanos²²³¹.

Outra tendência não judicial está na implantação de mecanismos destinados a regular as atividades das multinacionais, sendo que, segundo a ONU, existem mais de duzentas iniciativas e normas para a responsabilidade social das empresas, classificadas da seguinte forma:

- a) instrumentos internacionais, como tratados e declarações dirigidas aos Estados, mas com relevância para as empresas e orientações às empresas;
- b) normas nacionais que incluem disposições constitucionais, leis e regulamentos de relevância para as atividades empresariais, algumas, inclusive com efeito extraterritorial, como o Alien Tort Claims Act (ATCA) nos EUA;
- c) sistemas de certificação, estabelecidos por uma organização, grupo ou rede que exige a adesão a um conjunto de princípios e, posteriormente, é acompanhado de forma independente para garantir o cumprimento²²³²;
- d) iniciativas voluntárias, que incluem códigos de conduta, diretrizes, políticas avaliadas por terceiros ou mediante autoavaliação pelas empresas individuais, grupos de empresas, organizações intergovernamentais e organizações da sociedade civil²²³³,
- e) índices financeiros tradicionais, que são conjuntos de índices sociais e ambientais com base em critérios objetivos, com os quais as empresas são monitoradas;
- f) encontros e iniciativas que buscam promover maior compreensão e respeito pelos direitos humanos, incluindo metodologias para a avaliação de impacto dos direitos humanos, ferramentas de gestão, manuais de treinamento, *workshops*, projetos-piloto, consultas, parcerias público-privadas e outras²²³⁴.

²²³¹ WESCHKA, 2006, p. 643.

²²³² Entre as ONGS que fornecem certificação está a Social Accountability International (SAI), nos EUA. Com o seu código, que é a responsabilidade social 8000, tem expandido sua influência. Sobre as certificações, colocam-se questões como a inacessibilidade às empresas de menor porte, divergências em relação às manifestações de outras ONGs e a legitimidade para a interpretação de tratados por instituições privadas (AGO, 2009, p. 418-419).

²²³³ Destacam-se os padrões aplicados pela Organização Internacional de Normalização (ISO) que, em 2010, publicou a Norma Internacional ISO 26000 - Diretrizes sobre Responsabilidade Social. Segundo a ISO 26000, a responsabilidade social se expressa pelo desejo e pelo propósito das organizações em incorporar considerações socioambientais em seus processos decisórios e a responsabilizar-se pelos impactos de suas decisões e atividades na sociedade e no meio ambiente. Isso implica um comportamento ético e transparente que contribua para o desenvolvimento sustentável, que esteja em conformidade com as leis e seja consistente com as normas internacionais. Também implica que a responsabilidade social esteja integrada em toda a organização, seja praticada em suas relações e leve em conta os interesses das partes interessadas (INMETRO, 2010).

²²³⁴ COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Report of the United Nations High Commissioner on Human Rights on the responsibilities of transnational corporations and related business enterprises with regard to human rights, E/CN.4/2005/91, 15 de fevereiro de 2005.

A maioria das iniciativas não é obrigatória e refere-se a um conjunto de medidas voluntárias²²³⁵. Vulneráveis ao criticismo e pressionadas a conformar-se aos padrões internacionais, as empresas adentram aos vazios regulatórios com os códigos de conduta, como forma de substituir padrões mais rigorosos²²³⁶. Por outro lado, há também os que recorrem às medidas voluntárias para mostrar a evolução na aceitação da responsabilidade das empresas multinacionais por abusos de direitos humanos²²³⁷.

5.1.1 Os códigos de conduta das empresas multinacionais

Os códigos de conduta das empresas multinacionais são produzidos com o intuito de regular seu próprio comportamento, ou seja, é uma iniciativa interna da empresa²²³⁸. Esse fenômeno despontou na década de 1970 como resposta ao aumento dos questionamentos sobre a interferência das multinacionais nas questões dos Estados receptores de investimentos²²³⁹. Em sua origem, foram formulados no contexto das organizações internacionais por representantes dos Estados e destinados a atores não estatais, primeiramente às empresas²²⁴⁰. Após isso, surgiram os códigos de conduta privados, muitos dos quais ainda eram direcionados a países e situações específicas²²⁴¹. Atualmente, assiste-se à tendência da autorregulação, ou ao que tem sido chamado de “privatização dos direitos humanos”, pelo aumento da autorregulação pelos particulares, adotando normas de direitos humanos em forma de códigos de conduta voluntários²²⁴².

A tendência tem sido amplamente motivada pelo desejo das multinacionais de escaparem de medidas como boicotes pelos consumidores e pelo aumento de litígios em função dos direitos humanos²²⁴³. Embora as empresas possam com alguma facilidade criar seus próprios códigos de conduta, o êxito em seu cumprimento depende de um compromisso real com os respectivos valores, sob pena de tornarem-se instrumentos de relações

²²³⁵ Ibidem.

²²³⁶ TULLY, S. **Corporations and international Lawmaking**. Boston/Leiden: Martinus Nijhoff, 2007, p. 134-135.

²²³⁷ DE BRANBEDERE, E. Non-state actors, state-centrism and human rights obligations. In: **Leiden Journal of International Law**, v. 22, p. 191-209, 2009.

²²³⁸ TULLY, 2007, p. 139.

²²³⁹ REINISCH, 2005, p. 43.

²²⁴⁰ Ibidem, p. 43.

²²⁴¹ Ibidem, p. 44.

²²⁴² Ibidem, p. 44.

²²⁴³ Ibidem, p. 44.

públicas²²⁴⁴. O que se verifica é que, geralmente, o principal objetivo é manter e restaurar a reputação da empresa em relação ao público e, com isso, várias multinacionais, sob pressão da opinião pública, começaram a adotar códigos de conduta e políticas para suas atividades e para a atividade de suas contratadas no exterior²²⁴⁵.

Porém, como é a empresa que decide quais os direitos quer proteger, é possível que sejam ignorados aqueles cuja implantação seja mais problemática, e seja produzido um código de conduta que represente uma visão positiva da empresa²²⁴⁶. Geralmente, os direitos humanos contemplados por esses códigos são voltados aos direitos dos trabalhadores, às condições de trabalho, saúde e segurança, liberdade de associação, não discriminação e direitos das crianças, particularmente em relação ao trabalho e à educação. Todavia, existem muitos outros direitos relevantes garantidos pelos direitos humanos, como a privacidade, os direitos dos povos indígenas, o direito à liberdade de expressão, de crença e prática cultural e outros que são negligenciados²²⁴⁷.

Mesmo assim, a minimização das desvantagens pode ocorrer com a implantação de mecanismos específicos, como procedimentos internos e externos de monitoramento, treinamento permanente dos funcionários e empresas que compõem a rede de fornecimento, mecanismos eficientes de reclamação e até mesmo medidas de compensação e sanções por violação aos códigos de conduta²²⁴⁸.

No âmbito da Comissão de Direitos Humanos da ONU, realizou-se um estudo com as empresas do Fortune Global 500, como as maiores do mundo, para verificar como percebem sua responsabilidade em relação a direitos humanos. Constatou-se que a maioria reconhece e afirma ter sistemas de relatórios internos para monitorar seu desempenho²²⁴⁹. Dessas, três quartos indicam que também relatam externamente, mas, destas, menos da metade utilizam um meio que envolva terceiros. Verifica-se ainda que alguma forma de monitoramento da cadeia de fornecimento é comum, mas apenas um terço diz incluir critérios de direitos

²²⁴⁴ WESCHKA, 2006, p. 644. Por exemplo, os valores da Chevron, acusada de graves violações de direitos humanos: “Nós conduzimos nossos negócios de forma socialmente responsável e ética. Nós respeitamos a lei, apoiamos os direitos humanos universais, protegemos o ambiente e beneficiamos as comunidades onde trabalhamos” (CHEVRON, s.d.).

²²⁴⁵ DANAILOV, 1998, p. 45. A Levi Strauss introduziu novos termos de colaboração a seus parceiros comerciais para não permitir trabalho infantil ou trabalho forçado e para assegurar questões de saúde e segurança do trabalhador, salários mínimos e jornada de trabalho. A IKEA decidiu não mais vender tapetes, a menos que fossem certificados como produzidos sem utilização de mão de obra infantil (Ibidem, p. 46).

²²⁴⁶ WESCHKA, 2006, p. 644.

²²⁴⁷ GATTO, 2011, p. 19.

²²⁴⁸ WESCHKA, 2006, p. 644.

²²⁴⁹ HUMAN RIGHTS COUNCIL. **Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts**. 09 fev. 2007. Disponível em: <<https://business-humanrights.org/sites/default/files/media/bhr/files/SRSG-report-Human-Rights-Council-19-Feb-2007.pdf>>. Acesso em 21 mar. 2017.

humanos nas avaliações de impacto social/ambiental²²⁵⁰. O estudo concluiu que, embora os principais atores reconheçam os direitos humanos e adotem meios para assegurar sua responsabilidade básica, as deficiências do voluntarismo são evidentes²²⁵¹.

As empresas não necessariamente reconhecem os direitos sobre os quais podem ter maior impacto e, mesmo no que se refere a estes, que se reportam a instrumentos internacionais, a linguagem é raramente idêntica²²⁵². Algumas interpretações mostram-se tão flexíveis que as normas chegam a perder seu significado, tornando-se difícil para a própria empresa e para o público avaliar o desempenho²²⁵³. Além disso, o ponto mais vulnerável está nas disposições concernentes à *accountability*²²⁵⁴. Alguns códigos têm sido criticados por serem mais protetivos às empresas que o adotam do que às pessoas que se destinariam a proteger. As estruturas de supervisão e cumprimento de muitas multinacionais são inexistentes ou muito fracas. Por isso, os códigos de conduta voluntários são vistos como insuficientes para assegurar o cumprimento das normas de direitos humanos²²⁵⁵.

No geral, os mecanismos autorregulatórios são desenvolvidos para aparentar uma regulação e afastar a crítica e a imposição de regulação externa. Por isso, são vistos como exercício de relações públicas²²⁵⁶, até porque tais iniciativas, em relação aos concorrentes, podem apresentar vantagens, como evidenciar boa cidadania empresarial, distinguir produtos e ampliar a participação no mercado, além de fortalecer moralmente os colaboradores e melhorar a produtividade²²⁵⁷.

Apesar disso, há quem sustente que as iniciativas no campo da autorregulação possuem implicações legais²²⁵⁸. Para esses, os códigos de conduta definem regras aplicáveis no âmbito de cada empresa, muitas vezes expandindo a cobertura para entidades afiliadas e empresas da cadeia de fornecimento. Desse modo, funcionam como norma dentro da empresa e seus arredores²²⁵⁹ e podem tornar-se normas *de facto*²²⁶⁰. Por isso, são afirmados como um passo no reconhecimento dos deveres das empresas. Todavia, do ponto de vista do

²²⁵⁰ Ibidem.

²²⁵¹ Ibidem.

²²⁵² Ibidem.

²²⁵³ Ibidem.

²²⁵⁴ Ibidem.

²²⁵⁵ REINISCH, 2005, p. 52.

²²⁵⁶ GATTO, 2011, p. 22.

²²⁵⁷ TULLY, 2007, p. 139.

²²⁵⁸ AGO, 2009, p. 410.

²²⁵⁹ Ibidem, p. 410.

²²⁶⁰ Ibidem, p. 410.

cumprimento, tudo estará a depender do arranjo de cada código e, principalmente, da real intenção da empresa de respeitar suas regras²²⁶¹.

5.1.2 Os códigos de conduta das organizações internacionais

Os códigos de conduta das organizações internacionais também podem contribuir com a afirmação de parâmetros para o comportamento das empresas multinacionais. Trata-se de uma regulação mais promissora²²⁶², embora geralmente deixe também a desejar nos mecanismos de supervisão e implantação²²⁶³.

A tendência de regulação das atividades das empresas multinacionais por organizações internacionais deu-se em resposta à conscientização crescente do público sobre o envolvimento das empresas em abusos aos direitos humanos. Ainda na década de 1970, a ONU passou a ocupar o papel central na elaboração de instrumentos para consolidar a responsabilidade de agentes econômicos. Entre as iniciativas, as principais são o Código de Conduta da ONU sobre Empresas Transnacionais, as Diretrizes para Empresas Multinacionais da OCDE, a Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social da OIT, o Pacto Global da ONU e as Normas sobre Responsabilidade em Direitos Humanos das Empresas Transnacionais e Outros Empreendimentos Privados da ONU²²⁶⁴.

5.1.2.1 O Código de Conduta da ONU sobre Empresas Transnacionais

Em 1973, foi criada a Comissão da ONU sobre Empresas Transnacionais para investigar o impacto desse tipo de empresa, bem como aumentar a capacidade de negociação dos países em que elas operam²²⁶⁵. O projeto que resultou dessa iniciativa, o Código de Conduta da ONU sobre Empresas Transnacionais, foi a primeira tentativa de estabelecer diretrizes sociais e ambientais de âmbito global para empresas transnacionais. Contudo, o processo de elaboração do código enfrentou fortes resistências dos governos influentes do Norte, onde muitas empresas estão sediadas. Apesar do apoio de muitos governos do Sul, o

²²⁶¹ WESCHKA, 2006, p. 644-645.

²²⁶² Ibidem, p. 646.

²²⁶³ REINISCH, 2005, p. 52.

²²⁶⁴ WESCHKA, 2006, p. 646.

²²⁶⁵ FEENEY, P. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy. In: **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 175-191, 2009.

projeto de Código de Conduta foi primeiro posto de lado e, com o passar do tempo, cancelado²²⁶⁶.

Os países ricos, temendo uma iniciativa global no âmbito da ONU para regular as atividades empresariais, refugiaram-se na OCDE em busca de uma solução²²⁶⁷. A OCDE, que procurava, primordialmente, proteger investidores estrangeiros contra discriminação e expropriação dos governos dos países em que atuam, em 1976, fez surgir as Diretrizes da OCDE para Empreendimentos Multinacionais como parte da Declaração e Decisões sobre Investimento Internacional e Empreendimentos Multinacionais²²⁶⁸.

5.1.2.2 As Diretrizes para Empresas Multinacionais da OCDE

As Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais, elaboradas em 1976 e revisadas em 2000, são recomendações dirigidas pelos governos às empresas multinacionais e estabelecem princípios e padrões de boas práticas em conformidade com a legislação aplicável. Por meio delas, afirma-se, como uma das políticas gerais, que:

As empresas devem plenamente ter em conta as políticas em vigor nos países onde desenvolvem as respectivas atividades, tendo em consideração os pontos de vista de outros agentes envolvidos. A este respeito, as empresas deverão:

01. Contribuir para o progresso econômico, social e ambiental, de forma a assegurar um desenvolvimento sustentável.
02. Respeitar os direitos humanos que de algum modo possam vir a ser afetados pelas respectivas atividades, em conformidade com as obrigações e compromissos internacionais assumidos pelo governo do país de acolhimento. (OECD, 2011, p. 14).

A crítica a essas diretrizes prende-se ao fato de que as formulações são recomendações voluntárias, sem efeito obrigatório. No entanto, há um mecanismo para sua implantação por meio dos Estados-membros, que devem estabelecer Pontos de Contato Nacionais que promovam as Diretrizes da OCDE e contribuam para a resolução das questões oriundas da implantação das diretrizes em casos específicos²²⁶⁹.

Os Pontos de Contato Nacionais são departamentos governamentais de cada Estado-parte, responsável pela promoção das orientações nacionalmente²²⁷⁰. O procedimento aplica-se quando um terceiro alegar violação das diretrizes por uma empresa, ocasião em que o

²²⁶⁶ Ibidem, p. 2.

²²⁶⁷ Ibidem, p. 2.

²²⁶⁸ Ibidem, p. 2.

²²⁶⁹ WESCHKA, 2006, p. 649. Sobre este procedimento ver: Černič (2008, p. 82 e ss.).

²²⁷⁰ Ibidem, p. 84.

Ponto de Contato Nacional oferecerá um espaço para discussão a respeito e seus serviços, consultará as partes e até mesmo outros pontos de contato nacionais e, se necessário, buscará o aconselhamento da Comissão de Investimento Internacional e Empresas Multinacionais para a interpretação das diretrizes e facilitar o acesso à conciliação ou à mediação²²⁷¹. Caso esta não seja alcançada, o Ponto de Contato Nacional emitirá uma declaração e recomendações para a implantação das diretrizes²²⁷².

Trata-se de um mecanismo voltado à cooperação, em que uma ênfase é dada à proteção das empresas em relação à confidencialidade dos procedimentos. Além disso, se a empresa não estiver disposta a cumprir as diretrizes, não há qualquer meio de forçá-la, e, pela confidencialidade, o público sequer terá acesso às informações sobre os acontecimentos²²⁷³. Assim, as Diretrizes da OCDE dependem do comprometimento do Estado aderente na implantação dos pontos de contato nacionais, e que estes aproveitem as ferramentas para a aplicação das diretrizes do modo mais eficiente possível²²⁷⁴.

Em 2015, a OCDE apurou 250 queixas formuladas nos pontos de contatos nacionais em todo o mundo, nos últimos quinze anos, e concluiu que apenas três casos conduziram a uma melhoria real para as vítimas de abusos pelas empresas²²⁷⁵. Especificamente no Canadá, por exemplo, apurou-se que metade das queixas foram rejeitadas na fase inicial e apenas dois casos chegaram a um acordo, sendo que as empresas, subsequentemente, não respeitaram os acordos e solução alguma foi dada²²⁷⁶.

Por isso, na prática, conforme Černič (2008, p. 83), a implantação das Diretrizes da OCDE pelos Estados permanece um grande desafio, a demonstrar que o alcance de suas normas é limitado e depende do estímulo do Estado para a respectiva implantação, pelo que tem sido considerado fraco e informal²²⁷⁷.

5.1.2.3 A Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social

²²⁷¹ WESCHKA, 2006, p. 649.

²²⁷² Ibidem, p. 649.

²²⁷³ Ibidem, p. 650.

²²⁷⁴ Ibidem, p. 650.

²²⁷⁵ CAITLIN, D.; WILDE-RAMSING, J.; GENOVESE, K.; SANDJOJO, V. Remedy Remains Rare. **OECD Watch**, 15 jun. 2015.

²²⁷⁶ OECD WATCH. **Case database, National Contact Point**. OEDC: S.l., s.d.

²²⁷⁷ REINISCH, 2005, p. 52.

Em 1977, a OIT adotou a Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social, primariamente destinada aos direitos dos trabalhadores e que contém disposições relacionadas a questões trabalhistas²²⁷⁸. No art. 8º, dispõe que:

Todas as partes a que se refere esta Declaração deveriam respeitar os direitos soberanos dos Estados, observar as leis e regulamentos nacionais, ter na devida conta as práticas locais e respeitar as normas internacionais aplicáveis. Deveriam também respeitar a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os pactos internacionais correspondentes adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas [...]. (OIT, 2002).

Embora não contenha previsão sobre mecanismos de implantação ou quadros específicos de monitoramento, seus efeitos são acompanhados por meio de vistorias periódicas²²⁷⁹. Os Estados, os trabalhadores e as organizações de trabalhadores respondem a um questionário sobre sua experiência em relação à implantação da declaração. Após analisar as respostas, a OIT pode determinar recomendações²²⁸⁰.

Além disso, desde 1980, existe um procedimento para tratar dos pedidos de interpretação em casos de divergências quanto ao significado ou à aplicação das disposições da declaração. Embora esses procedimentos pareçam oferecer alguma orientação para a conduta das empresas multinacionais, em termos de real cumprimento, são ainda fracos para assegurar a responsabilidade das empresas multinacionais²²⁸¹.

5.1.2.4 O Pacto Global da ONU

Em 1999, o então secretário-geral da ONU, Kofi Annan, anunciou o Pacto Global, oficialmente lançado em 2000, como uma iniciativa voluntária, cujo objetivo é promover a adoção em práticas empresariais de dez princípios sobre direitos humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção²²⁸². Trata-se de iniciativa aberta às empresas para promover alguns princípios por meio de diversos instrumentos, como diálogo, aprendizagem e projetos²²⁸³. Os dois primeiros princípios do pacto, que derivam da Declaração Universal são: “1. As empresas devem apoiar e respeitar a proteção de direitos

²²⁷⁸ HARRISON, J. **The human rights impact of the world trade organisation**. Oxford/Portland: Hart, 2007, p. 205.

²²⁷⁹ WESCHKA, 2006, p. 646.

²²⁸⁰ Ibidem, p. 647.

²²⁸¹ Ibidem, p. 647.

²²⁸² WOUTERS; CHANÉ, 2013, p. 15.

²²⁸³ WESCHKA, 2006, p. 651.

humanos reconhecidos internacionalmente; 2. Assegurar-se de sua não participação em violações destes direitos” (REDE BRASILEIRA DO PACTO GLOBAL, 2013).

Para participar, a empresa precisa expressar publicamente seu compromisso com os princípios do pacto. Além disso, deve apresentar anualmente um relatório descrevendo um exemplo concreto em que tenha realizado progresso ou aprendido alguma lição sobre a implantação dos princípios²²⁸⁴. Inicialmente, não havia mecanismo de monitoramento e não se forneciam meios para a implantação dos princípios. Conseqüentemente, apenas poucos membros cumpriram com a exigência do relatório de modo apropriado²²⁸⁵. Com isso, as críticas dirigidas aos códigos de conduta voltaram-se ao Pacto Global e, como forma de responder a elas, a partir de 2004, estabeleceu-se um mecanismo de sanção para as empresas que não apresentassem sua comunicação de progresso por dois anos consecutivos, declarando-as inativas no sítio eletrônico do Pacto Global²²⁸⁶.

Também a partir das críticas, implantou-se um mecanismo para recebimento de reclamações escritas, de modo que, diante de uma reclamação de abuso sistemático, a empresa será cientificada e exigir-se-á uma manifestação desta, assim como informações sobre as medidas para resolver a situação. Para tanto, o Pacto Global disponibilizará assistência e acompanhamento para a solução da reclamação²²⁸⁷. Caso a empresa não entre em um diálogo sobre a reclamação em três meses do recebimento da informação, será considerada inativa e assim rotulada no sítio eletrônico do pacto²²⁸⁸; ao final, o pacto reserva-se o direito de remover a empresa da lista dos participantes. Enquanto esses desenvolvimentos podem ser vistos de modo positivo, os críticos ainda duvidam que realmente conduzirão a mudanças. De qualquer forma, essas medidas demonstram que a crítica pode ter sido uma ferramenta eficiente no fortalecimento do Pacto Global²²⁸⁹.

5.1.2.5 As Normas sobre as Responsabilidades em Direitos Humanos das Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados da ONU

²²⁸⁴ WESCHKA, 2006, p. 651.

²²⁸⁵ Ibidem, p. 651.

²²⁸⁶ Ibidem, p. 651.

²²⁸⁷ Ibidem, p. 652.

²²⁸⁸ Ibidem, p. 652.

²²⁸⁹ Ibidem, p. 653.

As Normas da ONU sobre as Responsabilidades em Direitos Humanos das Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados decorreram de um projeto inspirado em um contexto de demandas cada vez mais fortes para limitar práticas corporativas abusivas e elaboradas como um projeto de instrumento internacional com base em normas de direitos humanos, com o intuito de consolidar a responsabilidade de empresas na questão. Em 2003, após quatro anos de debates, a subcomissão aprovou as Normas sobre Responsabilidades em Direitos Humanos das Empresas Transnacionais e Outros Empreendimentos Privados²²⁹⁰. Porém, as normas rapidamente foram objeto de *lobby* por diversos grupos empresariais e de críticas incisivas de muitos governos. Nesse contexto desfavorável, foram abandonadas pela comissão, que fez com que o projeto tivesse o mesmo destino do Código de Conduta para Empresas Transnacionais²²⁹¹.

Em que pese o destino das normas, a proposta era mais ambiciosa, pois tornava as empresas multinacionais diretamente obrigadas às normas de direitos humanos. Mesmo diante da responsabilidade primária dos Estados, as multinacionais estariam obrigadas a “promover, garantir o cumprimento, respeitar, fazer respeitar e proteger” uma ampla gama de direitos humanos²²⁹². Apesar das excessivas críticas dirigidas às normas e da falta de vontade política para levar a proposta adiante, não se pode negar o mérito de ter aumentado o reconhecimento de que as multinacionais possuem responsabilidades universais em direitos humanos²²⁹³.

As normas foram apresentadas com uma linguagem mais clara e mais rigorosa em relação à contida no Pacto Global e estabelecem disposições diretas para a implantação do próprio texto em diferentes níveis.²²⁹⁴ Inicialmente, as empresas deveriam incorporar o conteúdo do texto em sua política interna e em suas relações com terceiros, de modo que deveriam estabelecê-las apenas com os que respeitem as normas da ONU. A fim de garantir a implantação internamente, deveriam ser oferecidas medidas para a formação de gestores, trabalhadores e seus representantes²²⁹⁵.

Na hipótese de qualquer violação das normas, deveriam ser estabelecidos planos de ação ou métodos de reparação e compensação, que deveria ser rápida, eficaz e adequada às vítimas²²⁹⁶. Em um segundo nível, ou seja, externamente, os Estados deveriam criar o quadro

²²⁹⁰ FEENEY, 2009, p. 4.

²²⁹¹ Ibidem, p. 4.

²²⁹² WOUTERS; CHANÉ, 2013, p. 11.

²²⁹³ FEENEY, 2009, p. 5.

²²⁹⁴ WESCHKA, 2006, p. 654-655.

²²⁹⁵ Ibidem, p. 655.

²²⁹⁶ Ibidem, p. 655.

necessário para garantir a implantação das normas pelas empresas. E, finalmente, em um terceiro nível, as empresas seriam objeto de acompanhamento periódico e verificação pela ONU, além de outros mecanismos nacionais e internacionais já existentes ou a serem criados²²⁹⁷. Todavia, as Normas da ONU, apesar de terem a aparência de um tratado, já foram entendidas pela comissão apenas como uma proposta, não caracterizando uma norma de observância obrigatória²²⁹⁸.

5.1.2.6 Os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos

Após o fracasso do projeto, em 2005, a Comissão de Direitos Humanos da ONU nomeou John Ruggie como representante especial do secretário-geral da ONU para a questão dos direitos humanos e das empresas transnacionais e outros empreendimentos privados. O nomeado havia sido um dos autores do Pacto Global e era um crítico influente do Projeto de Normas²²⁹⁹. A primeira etapa do trabalho, entre 2005 e 2007, voltou-se ao mapeamento de padrões e práticas internacionais usados para a formulação de recomendações durante a segunda fase, de 2007 a 2008. Com base em três pilares, consistentes no dever do Estado de respeitar, proteger e assegurar o cumprimento dos direitos humanos, na responsabilidade corporativa em respeitar os direitos humanos e na necessidade de medidas efetivas para as vítimas de violações, de 2008 a 2011, foram elaboradas as recomendações que resultaram nos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos²³⁰⁰.

Os Princípios Orientadores foram estabelecidos como o primeiro quadro global de referência para tratar dos impactos das empresas nos direitos humanos, aplicável a Estados e empresas, para esclarecer seus deveres e responsabilidades ao enfrentar os riscos de direitos humanos relacionados às atividades empresariais²³⁰¹. Trata-se de um conjunto de 31 princípios que clarificam os deveres e responsabilidades de proteger e respeitar os direitos humanos, bem como de assegurar o acesso a mecanismos efetivos para indivíduos ou grupos afetados pelas atividades empresariais²³⁰². O objetivo é reforçar as normas e práticas em

²²⁹⁷ Ibidem, p. 655.

²²⁹⁸ Ibidem, p. 655.

²²⁹⁹ WOUTERS; CHANÉ, 2013, p. 12.

²³⁰⁰ ONU, 2011.

²³⁰¹ ONU, 2014, p. 1.

²³⁰² Ibidem, p. 5.

matéria de direitos humanos e empresas, de modo a obter resultados concretos para indivíduos e comunidades afetadas e assim contribuir para uma globalização socialmente sustentável²³⁰³.

As críticas enfatizam o caráter regressivo dos Princípios, pois se limitam a estabelecer responsabilidades não vinculativas²³⁰⁴. Portanto, não criam novas obrigações legais internacionais para as empresas e não são acompanhados por um mecanismo de denúncia ou queixa no qual as vítimas de abusos dos direitos humanos possam pleitear reparação²³⁰⁵. De acordo com os princípios, tais mecanismos devem ser criados pelos Estados e empresas a fim de que sejam efetivamente assegurados às vítimas²³⁰⁶ e podem consistir em qualquer procedimento através do qual as pessoas afetadas possam reclamar contra as empresas e ter suas reclamações ouvidas por meio de um processo para resolução da reclamação²³⁰⁷.

Os Princípios Orientadores são também débeis no que se refere aos deveres para que os Estados regulem os impactos das empresas sobre os direitos humanos além das fronteiras nacionais (obrigações extraterritoriais), embora este princípio seja reconhecido internacionalmente em outras áreas e seja mais forte em alguns sistemas legais nacionais²³⁰⁸. Outro ponto é que os Princípios Orientadores não incorporam uma referência explícita de todas as leis e normas de direitos humanos que são relevantes para a avaliação das responsabilidades corporativas²³⁰⁹.

Diante desse quadro, considera-se que tanto os códigos de conduta das empresas quanto os adotados pelas organizações internacionais estabelecem mecanismos fracos e insuficientes de supervisão e monitoramento, pelo que são na maioria inefetivos²³¹⁰. Uma visão realista indica que as multinacionais apenas estarão dispostas a cumprir as normas de

²³⁰³ ONU, 2011, p. 1.

²³⁰⁴ WOUTERS; CHANÉ, 2013, p. 14.

²³⁰⁵ HUIJSTEE, M. van; RICCO, V.; CERESNA-CHATURVERDI, L. **Como usar os Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas para pesquisa e incidência**: Um guia para organizações da sociedade civil. Amsterdam: SOMO, 2013, p. 12.

²³⁰⁶ Ibidem, p. 12. No Brasil, as discussões para a elaboração de um Plano Nacional sobre direitos humanos e empresas iniciaram-se em fevereiro de 2016, na Primeira Conferência Livre sobre Direitos Humanos e Empresas. Em dezembro de 2015, o Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU realizou uma visita de dez dias ao país para avaliar os esforços do governo para fortalecer a proteção de direitos humanos pelas empresas. As conclusões apontaram que as principais empresas brasileiras continuavam a desconhecer os Princípios Ruggie, não tendo recebido qualquer informação por parte do governo sobre a necessidade de adequação a tais novas exigências (CARDIAL; GIANNATTASIO, 2016. p. 136).

²³⁰⁷ Alguns defendem que esses mecanismos, quando legítimos, acessíveis, previsíveis, equitativos, transparentes e compatíveis aos direitos, podem fornecer caminhos eficazes para as vítimas de abusos de direitos humanos, porém, em circunstâncias como as que dão origem a uma potencial responsabilidade criminal ou graves violações de direitos humanos, é mais adequado que os casos sejam apurados mediante mecanismos judiciais (ONU, 2014, p. 36-37).

²³⁰⁸ Ibidem, p. 12.

²³⁰⁹ Ibidem, p. 12.

²³¹⁰ REINISCH, 2005, p. 53.

direitos humanos se forem ameaçadas por sanções, como boicotes dos consumidores, ações judiciais com grandes indenizações ou outras desvantagens econômicas, como publicidade negativa²³¹¹. Daí é possível compreender os desafios das iniciativas voluntárias e constatar que, se não for pelo impulso de uma iniciativa conjunta da opinião pública, o elemento ético permanecerá irrelevante²³¹².

5.2 Judiciais

Tendo em vista que os tribunais de direitos humanos e os órgãos da ONU apenas recebem reclamações contra Estados, e não contra atores privados, e que no âmbito da responsabilidade internacional não há meio pelo qual os investidores estrangeiros possam ser responsabilizados, exceto na responsabilidade criminal individual, o principal âmbito em que as vítimas podem buscar justiça é no ordenamento interno dos Estados, seja perante os tribunais do Estado receptor ou do Estado de origem²³¹³. Contudo, mesmo esses mecanismos apresentam desafios quando as vítimas buscam reparação ou punição de uma empresa multinacional²³¹⁴.

5.2.1 No Estado receptor

O termo “Estado receptor” é normalmente usado para atores que possuem relações com mais de um Estado. Nesse caso, o Estado no qual a violação ocorre é chamado receptor, se o ator origina-se de outro Estado, o “de origem”²³¹⁵. O dever de proteger os direitos humanos tem sido regido pelo princípio da territorialidade, para o qual o Estado está obrigado a exercer a devida diligência para prevenir e responder por violações a direitos humanos cometidas dentro de seus limites territoriais²³¹⁶. Portanto, o obrigado primário, pelo direito internacional, para garantir que as empresas multinacionais não violem direitos humanos, é o Estado onde a multinacional opera e onde as violações ocorrem, ou seja, o Estado receptor²³¹⁷.

²³¹¹ Ibidem, p. 53.

²³¹² Ibidem, p. 53.

²³¹³ SALMÓN, 2012, p. 136.

²³¹⁴ RUGGIE, 2008, p. 23.

²³¹⁵ CHIRWA, 2004, p. 26.

²³¹⁶ Ibidem, p. 26.

²³¹⁷ WESCHKA, 2006, p. 628.

O Estado receptor deve proteger contra as violações de direitos humanos pelas multinacionais, por meio das leis nacionais e de seus próprios mecanismos de aplicação da lei²³¹⁸. As multinacionais são, portanto, sujeitas à legislação do país em que operam, de modo que, quando violam os direitos humanos, o primeiro passo é analisar as eventuais deficiências regulatórias do Estado no qual a violação ocorreu. Nesse caso, o Estado receptor será considerado responsável se não conseguir proteger os indivíduos contra os atos das empresas²³¹⁹.

A situação é complexa, e vários obstáculos surgem em relação à capacidade da doutrina da responsabilidade do Estado receptor assegurar a responsabilidade dos agentes privados para com os direitos humanos²³²⁰. Em primeiro, porque está baseada em um sistema jurídico interno voltado a garantir que os atores privados sejam responsáveis direta ou indiretamente pelos direitos humanos²³²¹. Porém, não são todas as constituições que reconhecem a aplicação direta dos direitos humanos aos particulares. A maioria dos Estados considera a legislação e outras medidas políticas e administrativas suficientes para garantir a proteção das pessoas sob sua jurisdição de violações de seus direitos por terceiros²³²². Alguns sequer possuem uma base no direito interno sobre a qual seja possível fundar uma reclamação e, mesmo que possuam, considerações políticas, econômicas ou legais podem impedir a execução²³²³. Sem o reconhecimento da aplicação dos direitos humanos nas relações privadas, a legislação ou qualquer outra medida de proteção não consegue, de modo efetivo, tratar das questões de direitos humanos relacionadas aos atores privados²³²⁴.

Outro ponto é que o funcionamento da doutrina da responsabilidade do Estado receptor baseia-se na suposição de que o Estado efetivamente tem a capacidade de controlar e regular os atores privados²³²⁵. Contudo, nos tempos atuais, o Estado perdeu muito de sua capacidade de controlar e regular certos atores privados. A globalização tem levado à acumulação de um poder considerável nas mãos de atores não estatais com uma redução de competências do Estado²³²⁶, deslocando poderes e responsabilidades dos governos para o

²³¹⁸ Ibidem, p. 628.

²³¹⁹ EGSTRÖM, V. **Who is responsible for corporate human rights violations?** Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights, 2002. Disponível em: <<http://www.abo.fi/media/24259/report2.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

²³²⁰ CHIRWA, 2004, p. 26.

²³²¹ Ibidem, p. 26.

²³²² Ibidem, p. 26.

²³²³ RUGGIE, 2008, p. 23.

²³²⁴ CHIRWA, 2004, p. 26-27.

²³²⁵ Ibidem, p. 27.

²³²⁶ Ibidem, p. 27.

mercado²³²⁷. Com isso, houve uma alteração no ambiente institucional e regulatório em que as empresas operam. A internacionalização dos negócios reforçou a lacuna entre a capacidade operacional das multinacionais e a capacidade reguladora dos Estados²³²⁸. Esses desenvolvimentos provocam impactos nos quadros jurídicos nacionais e internacionais, pelos quais os Estados, as empresas, as organizações e os cidadãos interagem em relação aos direitos humanos²³²⁹.

Além disso, diante do poder econômico das multinacionais e de sua mobilidade, bem como a dependência de muitos países do investimento estrangeiro, não é de se estranhar que os Estados receptores, às vezes, deixem de tomar medidas eficazes contra as multinacionais que abusam de direitos humanos em seu território²³³⁰. Ainda que estejam dispostos a adotar medidas, as empresas podem reagir às sanções estatais com a realocização de seus negócios em outro Estado que lhes seja mais favorável, o que corresponde a um desincentivo na imposição de sanções, pelo perigo de perder o investimento²³³¹. Tem-se, assim, uma “competição regulatória” entre Estados que acarreta a desregulação em áreas de interesse aos investidores²³³². Por isso, o Estado receptor pode relutar em responsabilizar as multinacionais por receio de que possa reduzir o investimento, ou mesmo porque pode estar envolvido nos abusos de direitos humanos, direta ou indiretamente²³³³.

Com efeito, alguns governos negligenciam ou deixam de cumprir as normas nacionais em prejuízo da dignidade e do bem-estar de seus cidadãos pela competição para atrair o investimento estrangeiro²³³⁴. A dificuldade pode constatar-se por posições como a do governo nigeriano, que por depender dos rendimentos da exploração de petróleo, não tem adotado medidas suficientes para responsabilizar as multinacionais por abusos de direitos humanos²³³⁵. Segundo as estatísticas, na Nigéria, 85% das receitas em divisas são obtidas do setor petrolífero. A Shell Nigeria, principal empresa de petróleo no país, contribui com grande

²³²⁷ AUGENSTEIN, D. (Coord.). **Study of the legal framework on human rights and the environment applicable to European enterprises operating outside the European Union**. Edimburgo: Universidade de Edimburgo, s.d. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/business-human-rights/101025_ec_study_final_report_en.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2014.

²³²⁸ Ibidem, p. 1.

²³²⁹ Ibidem, p. 1.

²³³⁰ WESCHKA, 2006, p. 628.

²³³¹ Ibidem, p. 628.

²³³² DE SCHUTTER, 2005, p. 429.

²³³³ SMITH, 2010, p. 157.

²³³⁴ WEILER, 2004.

²³³⁵ ODUJINRIN, T. **Third Country Report Nigeria**. S.d. Disponível em: <http://www.law.ed.ac.uk/eenterpriseslf/documents/files/TC_REPORT_NIGERIA.pdf>. Acesso em: 20 out. 2014. Sobre a indústria petrolífera e direitos humanos, ver Eide (2002).

parte desse porcentual²³³⁶. Nesse quadro, não surpreende a posição do governo, que visa proteger os interesses de ambas as partes. Apesar de ter adotado medidas regulatórias para enfrentar a poluição ambiental no Delta do Níger, por iniciativas complementares para controlar o setor de petróleo, o governo tem sido criticado por fazer pouco para assegurar que as multinacionais não infringam direitos humanos²³³⁷.

Diante do desequilíbrio relativo de poder e da dependência das multinacionais por parte dos países em desenvolvimento, não se pode contar apenas com a regulação e com a fiscalização dos Estados receptores²³³⁸. Até porque isso exige recursos e, para alguns Estados, tais limitações podem constituir outra dificuldade²³³⁹. Há de se considerar ainda a posição das vítimas que se deparam com a ausência de meios apropriados para a reparação dos danos²³⁴⁰ e de um sistema judicial eficiente para lidar com reivindicações complexas que envolvem grandes grupos, e que nesses países, nenhuma ou pouca assistência jurídica é fornecida²³⁴¹. A combinação de fatores, associada à complexidade dos casos, torna o acesso à justiça irrealizável²³⁴².

Portanto, mesmo que houvesse disposição para apurar as responsabilidades, muitos Estados seriam incapazes de iniciar os procedimentos, pois lhes faltariam recursos e um sistema isento de corrupção, indispensável para investigações eficientes²³⁴³. Se de um lado, no país receptor, é possível ter melhor acesso a provas, testemunhas e ao local dos fatos, por outro, falhas do sistema judicial, inadequações da lei ou intervenção política estão mais propensas a ocorrer²³⁴⁴. Apesar disso, ainda existem casos bem-sucedidos em que as vítimas utilizaram o sistema judicial do Estado receptor para obter justiça²³⁴⁵, como a ação coletiva movida contra a Texaco (adquirida pela Chevron em 2001) no Equador, em 2003, alegando contaminação ambiental severa da área onde a empresa conduziu suas atividades de operação de petróleo. Os autores alegaram que a contaminação conduziu ao aumento dos índices de

²³³⁶ ODUJINRIN, s.d., p. 10.

²³³⁷ Ibidem, p. 11.

²³³⁸ WESCHKA, 2006, p. 629. Embora existam registros bem-sucedidos de regulações adotadas, como o caso da Indonésia diante dos abusos de direitos humanos cometidos na indústria pesqueira. Através de uma série de medidas regulatórias, o Estado adotou normas para governar as empresas que atuam no setor (REPUBLIC OF INDONESIA, s.d.).

²³³⁹ CHIRWA, 2004, p. 27.

²³⁴⁰ ODUJINRIN, s.d., p. 12.

²³⁴¹ GATTO, 2011, p. 25.

²³⁴² Ibidem, p. 25.

²³⁴³ WESCHKA, 2006, p. 629.

²³⁴⁴ KALECK; SAAGE-MAAB, 2010, p. 715.

²³⁴⁵ Ibidem, p. 715.

câncer e outros problemas de saúde para os moradores da região, e a sentença equatoriana condenou a Chevron em US\$ 9,5 bilhões²³⁴⁶.

Porém, a ausência de padrões uniformes de regulação internacional torna impossível a um Estado impor altos níveis de controle sobre os agentes privados, quando isso pode colocá-lo em desvantagem como opção de investimento. Mesmo quando um regime regulatório está estabelecido, sua eficácia pode ser prejudicada por outros fatores, como corrupção ou cooptação dos agentes públicos²³⁴⁷. No extremo, estão os Estados “falhados” ou corruptos, que já não são capazes ou não estão dispostos a garantir o mínimo de segurança jurídica. Nesse quadro, as multinacionais podem avaliar as diferenças e escolher certos países para reduzir os encargos legais²³⁴⁸.

Assim, responsabilizar apenas o Estado receptor pode constituir uma afronta à justiça, pois quando um ator privado poderoso, como as multinacionais, enriquece diante de abusos de direitos humanos, com ou sem a cumplicidade do governo, a injustiça de instituir um processo contra o Estado receptor é evidente, em especial nos Estados fracos, com recursos inferiores aos das multinacionais²³⁴⁹. A questão tem apresentado novos contornos, pois a incapacidade de controlar e regular os atores privados já não se limita a Estados fracos ou países em desenvolvimento, uma vez que mesmo os mais poderosos foram afetados pela globalização²³⁵⁰.

O fato é que as multinacionais, ao operarem além das fronteiras de um Estado, extrapolam os limites do direito interno e tornam suas ações, muitas vezes, fora do alcance de qualquer lei. Por esta capacidade de iludir os sistemas jurídicos nacionais, tem-se afirmado que sua responsabilidade deve ser tratada pelo direito internacional²³⁵¹.

5.2.2 No Estado de origem

²³⁴⁶ BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. **Perfil do Caso: Texaco/Chevron lawsuits (re-Ecuador)**. S.d. h. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/texacochevron-lawsuits-re-ecuador>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

²³⁴⁷ CHIRWA, 2004, p. 28.

²³⁴⁸ CHIRWA, 2004, p. 28.

²³⁴⁹ Ibidem, p. 28.

²³⁵⁰ Ibidem, p. 28.

²³⁵¹ BRATSPIES, R. ‘Organs of Society’: a plea for human rights accountability for transnational enterprises and other business entities. In: **Michigan State Journal of International Law**, v. 13, p. 9-37, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=692202>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

Alguns autores, após analisar instrumentos e casos de direitos humanos, têm constatado um movimento distinto da visão convencional de que os direitos humanos vinculam o Estado apenas dentro de suas fronteiras²³⁵². Jägers e Willen (2011) afirmam, com base no PIDESC, que os Estados têm o dever de proteger, o que inclui a prevenção da violação de direitos humanos por terceiros no exterior, desde que não viole os direitos de outros Estados para proteger e cumprir tais direitos em seus territórios. Defende-se que o Estado de origem não apenas proteja o cidadão ou a empresa de sua nacionalidade, mas que evite o envolvimento destes em condutas abusivas no exterior²³⁵³.

No caso *Nicarágua v. EUA*, o TIJ afirmou a responsabilidade deste pelos ataques praticados por grupos armados contra a Nicarágua²³⁵⁴. Outras situações afirmam essa responsabilidade, como a Convenção da Basileia, ao controlar o transporte de resíduos perigosos, impondo a obrigação de o Estado não permitir que os cidadãos e as empresas exportem tais resíduos para outros países²³⁵⁵. A Comissão de Direitos Humanos constatou que a referência no PIDCP: “[...] a todos os indivíduos no seu território e sujeitos à sua jurisdição [...] não implica que o Estado Parte em causa não possa ser responsabilizado por violações de direitos previstos no Pacto, cometidas por seus agentes sobre o território de outro Estado, seja com a aquiescência do governo desse Estado ou em oposição a ela”²³⁵⁶.

Os benefícios dessa abordagem centram-se no fato de que a maioria dos Estados de origem das multinacionais são países desenvolvidos²³⁵⁷, que possuem melhores recursos para garantir o respeito aos direitos humanos. Além disso, são os principais beneficiários das operações das multinacionais, o que lhes acresce um dever moral para controlar a forma como a riqueza é adquirida²³⁵⁸. Com isso, a responsabilidade do Estado de origem pode desempenhar um papel importante para garantir que as multinacionais respeitem os direitos humanos nos países em desenvolvimento, onde os regimes regulatórios e os meios para a reparação dos danos podem não estar disponíveis ou ser eficazes²³⁵⁹.

Embora o direito internacional reconheça o direito dos Estados de origem em exercer jurisdição extraterritorial sobre seus nacionais que cometem danos no exterior, tal

²³⁵² CHIRWA, 2004, p. 29.

²³⁵³ EGSTRÖM, 2002, p. 18.

²³⁵⁴ BAPTISTA, 2004, p. 464.

²³⁵⁵ EGSTRÖM, 2002, p. 22.

²³⁵⁶ Ibidem, p. 22. O autor refere-se à manifestação no caso *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*, Comissão de Direitos Humanos, Comunicação n. 56/1979, de 29 de julho de 1981.

²³⁵⁷ Estima-se que 90% das multinacionais têm suas “empresas-mães” em países desenvolvidos (WESCHKA, 2006, p. 629).

²³⁵⁸ EGSTRÖM, 2002, p. 23.

²³⁵⁹ CHIRWA, 2004, p. 29.

responsabilização também enfrenta dificuldades, especialmente pela extraterritorialidade do dano e pela situação jurídica especial das multinacionais²³⁶⁰. Algumas vítimas têm procurado socorrer-se de mecanismos fora do Estado onde o dano ocorreu, por meio dos tribunais²³⁶¹, como uma via alternativa, buscando impedir o uso de estratégias regulatórias que levem à impunidade das multinacionais²³⁶², mas têm enfrentado diversas limitações²³⁶³. Além dos custos, que podem impedir que se leve em frente o processo, especialmente sem assistência jurídica, os não cidadãos podem não ter legitimidade processual, e as reclamações ainda podem ser prejudicadas pelos prazos prescricionais²³⁶⁴.

A situação torna-se mais complexa se o requerente busca a reparação de uma “empresa-mãe” por ações de uma subsidiária estrangeira. Nos países de *common law*, o tribunal pode declinar o caso se entender que existe um local mais apropriado para o julgamento²³⁶⁵. E mesmo os sistemas judiciários mais independentes podem ser influenciados a rejeitar a competência com fundamento em “questões de Estado” o que pode desestimular as ações ou à vítima pode restar um mecanismo de difícil aplicação²³⁶⁶.

Entre os obstáculos à jurisdição do Estado de origem sobre as multinacionais no exterior, está a doutrina do *forum non conveniens*, pela qual os tribunais têm discricionariedade para recusar um caso quando existir um tribunal estrangeiro mais apropriado para conhecer a matéria²³⁶⁷. Como consequência, muitas vítimas de abusos de direitos humanos cometidos por multinacionais não conseguem obter um meio para apurar as responsabilidades no Estado de origem²³⁶⁸.

Essa doutrina foi articulada pela primeira vez no caso *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, há mais de sessenta anos, conferindo uma margem de apreciação judicial para rejeitar o processo em que um tribunal estrangeiro caracterize o fórum mais apropriado e conveniente para julgar a controvérsia²³⁶⁹. As críticas vêm sendo tecidas desde o início e, embora muito tenha mudado, sua aplicação permanece a mesma²³⁷⁰. Naquele julgamento, o juiz Black apresentou objeções à articulação da doutrina ao manifestar a preocupação com o tumulto perante as

²³⁶⁰ WESCHKA, 2006, p. 629.

²³⁶¹ RUGGIE, 2008, p. 23.

²³⁶² REINISCH, 2005, p. 55.

²³⁶³ RUGGIE, 2008, p. 23.

²³⁶⁴ *Ibidem*, p. 23.

²³⁶⁵ *Ibidem*, p. 23.

²³⁶⁶ *Ibidem*, p. 23.

²³⁶⁷ WESCHKA, 2006, p. 631.

²³⁶⁸ SMITH, 2010, p.161.

²³⁶⁹ *Ibidem*, p. 161-162.

²³⁷⁰ *Ibidem*, p. 162.

cortes em função do julgamento preliminar sobre a conveniência dos fóruns e criticou a imprevisibilidade da doutrina com a ampla e indefinida discricionariedade das cortes para decidir a questão da conveniência. Ressaltou ainda o impacto da aplicação da teoria aos autores e a possibilidade de os réus servirem-se dela para manipular o local de julgamento, ou seja, uma forma de *forum shopping* reverso²³⁷¹.

Essencialmente, essa doutrina pressupõe duas etapas: primeiro, o tribunal decidirá se existe um fórum alternativo adequado e, em seguida, vai ponderar os fatores de interesse público e privado para determinar se o equilíbrio favorece ou não a rejeição do caso para outro fórum²³⁷². Os fatores de interesse privado incluem a relativa facilidade de acesso a fontes de prova, a existência de processo para atendimento do caso, o custo para obtenção de atendimento, as testemunhas, a possibilidade de visita dos locais e outros problemas práticos²³⁷³. Os fatores de interesse público incluem: o interesse local em ter a controvérsia decidida no país de origem, bem como preocupações sobre o congestionamento do tribunal e a imposição do dever de julgamento a comunidades com pouca relação com o litígio, assim como a eventual ineficácia de um tribunal que precise desvendar os conflitos de leis ou leis desconhecidas²³⁷⁴.

A intenção original era evitar ações judiciais em um fórum inconveniente, que pudesse ser usado para perseguir os réus. Todavia, tem servido para negar o acesso para autores que dele necessitam, protegendo as multinacionais, o que não atende a objetivos justos, pois as isola de responsabilidade por suas ações no exterior²³⁷⁵. Com isso, as ações propostas contra as multinacionais revelam que questões processuais, periféricamente ligadas ao mérito do caso, muitas vezes determinam a conclusão sobre o litígio²³⁷⁶.

Outro problema para o estabelecimento da competência do Estado de origem é o chamado “véu corporativo” (*corporate veil*), já que, embora as multinacionais sejam vistas como uma única empresa, do ponto de vista legal, sob a superfície de um projeto empresarial comum estão complexas estruturas de uma multiplicidade de pessoas jurídicas inter-relacionadas²³⁷⁷. Desse modo, embora as pessoas jurídicas possam estar sujeitas a um controle

²³⁷¹ Ibidem, p. 162, nota 81.

²³⁷² Ibidem, p. 162.

²³⁷³ Ibidem, p. 163.

²³⁷⁴ Ibidem, p. 163.

²³⁷⁵ SMITH, 2010.

²³⁷⁶ MEERAN, R. Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: an overview of the position outside the United States. In: **City University of Hong Kong Law Review**, v. 3:1, p. 1-41, 2011.

²³⁷⁷ WESCHKA, 2006, p. 630.

uniforme, legalmente constituem pessoas jurídicas separadas e, no que se refere a sua personalidade jurídica, as filiais que operam no estrangeiro são independentes das controladoras, como órgãos societários distintos²³⁷⁸. Com isso, encontram-se sujeitas à ordem jurídica do país receptor e assumem a nacionalidade deste Estado, pelo princípio da territorialidade²³⁷⁹.

Weschka (2006, p. 630) destaca que conquanto a determinação da nacionalidade da empresa seja controversa, a maioria defende que o país em que a empresa está registrada é decisivo para a determinação de sua nacionalidade. Embora existam os que sustentem outros critérios para definição da nacionalidade, prepondera essa teoria. Na hipótese de não se caracterizar o requisito para a aplicação da jurisdição extraterritorial pelo Estado de origem, a responsabilização das multinacionais por abusos de direitos humanos no exterior será entendida como interferência no domínio reservado do Estado receptor e uma violação de sua soberania²³⁸⁰. Assim, a aplicação da regulação do Estado de origem às multinacionais no exterior só é possível em circunstâncias limitadas²³⁸¹.

Há quem entenda que os Estados de origem das multinacionais relutam em responsabilizá-las por medo de colocar suas empresas em desvantagem em comparação com as empresas de outros países ou de prejudicar as relações bilaterais com outros Estados²³⁸². Entretanto, deve-se reconhecer que os Estados de origem desfrutam de posição privilegiada para o exercício do controle das multinacionais, porque estão intimamente ligados a seu próprio sistema de regulamentos, licenças e supervisão administrativa para as multinacionais oriundas de seu território e podem avaliar e gerir o risco ligado às atividades estrangeiras que, por conta de seu perigo inerente ou de modalidades de sua execução, podem causar danos às pessoas no exterior²³⁸³.

Além do mais, beneficiam-se das operações dessas empresas pelas receitas fiscais e pelo aumento da riqueza de seus cidadãos²³⁸⁴. No entanto, ao permitirem que as multinacionais sujeitas a sua jurisdição ou controle cometam abusos de direitos humanos no exterior, que são inaceitáveis e passíveis de sanções no Estado de origem²³⁸⁵, dão margem a

²³⁷⁸ Ibidem, p. 630.

²³⁷⁹ Ibidem, p. 630.

²³⁸⁰ WESCHKA, 2006, p. 630.

²³⁸¹ Ibidem, p. 631.

²³⁸² SMITH, 2010, p. 158. Embora estejam em melhor posição para apurar as condutas das multinacionais, os Estados de origem podem relutar em adotar qualquer medida (GATTO, 2011, p. 25).

²³⁸³ Ibidem, p. 25.

²³⁸⁴ Ibidem, p. 25.

²³⁸⁵ Ibidem, p. 25-26.

um duplo padrão na aplicação dos direitos humanos, o que é inconsistente com os princípios da indivisibilidade e da não discriminação, que impõem que as pessoas não sejam discriminadas em relação ao gozo dos direitos humanos em função de sua nacionalidade ou local de residência²³⁸⁶. O resultado é que as vítimas têm poucos meios para buscar a justiça, enquanto as multinacionais têm a dupla vantagem de lucrar com seus investimentos em áreas onde os cidadãos locais podem ser excluídos dos sistemas jurídicos e políticos do Estado receptor, ao mesmo tempo em que permanecem isolados de ações nos tribunais do país de origem²³⁸⁷.

Apesar disso, Ruggie (2008, p. 23) identifica uma evolução quanto a alguns obstáculos. Em alguns países, foram procedentes ações contra as empresas controladoras, alegando-se que deveriam ser responsabilizadas por suas ações e omissões em relação aos prejuízos causados por suas subsidiárias no exterior com base no “dever de cuidado”. Está se tornando mais difícil para as empresas que respondem a tais ações terem seus casos relativos a danos causados no exterior rejeitados com base na alegação de existe um fórum mais apropriado. Nesse particular, a decisão do TJUE foi fundamental ao confirmar que os tribunais nacionais, nos Estados-membros da UE, não podem rejeitar ações contra empresas sediadas nesses Estados em razão da doutrina do *forum non conveniens* (caso *Owusu v. Jackson*, 2005), e, na Austrália, são os réus que devem provar que o fórum é “claramente inadequado” (caso *Voth v. Manildra Flour Mills Pty. Ltd*, 1990).

Apesar dos desafios associados ao processo contra as multinacionais nos países de origem, as vítimas podem e frequentemente apresentam ações por abuso de direitos humanos com fundamento na extraterritorialidade²³⁸⁸. Nos EUA, inclusive, existe previsão para a aplicação da extraterritorialidade, e a tendência não permaneceu limitada a esse Estado, já que ações semelhantes foram propostas em países como Austrália, Canadá e Reino Unido, embora em menor número. Pela falta de uma norma equivalente ao ATCA dos EUA, essas reclamações têm sido propostas com base em princípios gerais de direito²³⁸⁹. Como consequência, as alegações tendem a girar em torno não de violações de normas

²³⁸⁶ Ibidem, p. 26.

²³⁸⁷ SMITH, 2010, p. 158.

²³⁸⁸ ENNEKING, L. The Future of Foreign Direct Liability? Exploring the international relevance of the Dutch Shell Nigeria Case. In: **Utrecht Law Review**, v. 10, p. 45, 2014.

²³⁸⁹ Ibidem, p. 45.

internacionais, mas de violações das normas não escritas pertinentes à conduta social adequada e devida diligência²³⁹⁰.

5.2.2.1 O Alien Tort Claims Act nos Estados Unidos

O ATCA foi adotado na primeira sessão do Congresso dos EUA, em 1789. Embora haja registros limitados sobre sua história, acredita-se que a base para sua promulgação tenha sido a intenção de respeitar o direito das nações²³⁹¹. O ATCA assumiu-se como uma primeira resposta ao conflito entre a legislação interna, o direito internacional, os direitos dos estrangeiros em solo americano e as relações internacionais²³⁹².

De acordo com o estatuto, “Os tribunais distritais terão jurisdição originária de qualquer ação civil por parte de um estrangeiro por delito apenas se este violar o direito das nações ou um tratado dos Estados Unidos”. A linguagem mostra-se simples e imprecisa, composta de três expressões principais: “por um estrangeiro”, “delito apenas” e “por violar o direito das nações ou um tratado os Estados Unidos”²³⁹³. Daí que sua aplicação exige três requisitos: que a ação seja proposta por um estrangeiro, que a causa seja um ato ilícito e que esse ilícito tenha ocorrido em violação do direito das nações ou um tratado de que os EUA faça parte²³⁹⁴.

Apesar do importante mecanismo, foi poucas vezes invocado à época, e sua existência foi praticamente ignorada por 200 anos, até que, em 1980, no caso *Filártiga v. Peña-Irala*, foi resgatado como instrumento na luta contra as violações de direitos humanos²³⁹⁵. O caso referiu-se à tortura de um menino paraguaio até a morte por um policial também paraguaio. A família do menino ingressou com uma ação buscando a responsabilidade civil do policial, que morava em Nova York, com fundamento no ATCA, apesar de os fatos terem ocorrido no Paraguai. O entendimento da Corte foi de que o tribunal americano tinha competência *ratione*

²³⁹⁰ Ibidem, p. 45.

²³⁹¹ ADAMSKI, T. The Alien Tort Claims Act and Corporate Liability: A Threat to the United States' International Relations. In: **Fordham International Law Journal**, New York, v. 34, issue 6, p. 1503-1543, 2011. Afirma-se que foi criado para dar proteção a embaixadores estrangeiros residentes nos EUA e para permitir ações contra piratas que viajavam de país para país (ADVOCATES FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT, 2008).

²³⁹² ADAMSKI, 2011, p. 1509.

²³⁹³ Ibidem, p. 1510.

²³⁹⁴ ADVOCATES FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT. **At a glance guide to the Alien Tort Claims Act of 1789**. Preparado por Allen & Overy, 08 out. 2008. Disponível em: <<http://a4id.org/sites/default/files/user/alien-tort.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2014, p. 3.

²³⁹⁵ WESCHKA, 2006, p. 635.

materiae, porque um ato de tortura cometido por um funcionário do Estado viola normas do direito internacional dos direitos humanos e o direito das nações²³⁹⁶.

Esse caso foi determinante porque estabeleceu dois princípios, em primeiro, que o direito internacional aplicável ao ATCA não deve ser baseado na compreensão da lei em 1789, mas em princípios contemporâneos, e que o direito internacional é um conjunto de normas em evolução reconhecido pela comunidade internacional²³⁹⁷. Além disso, de acordo com o tribunal, o direito das gentes é extraído não apenas dos trabalhos dos juristas, mas também se reflete no uso e na prática das nações em geral. Por isso, a tortura viola o direito internacional com base na condenação universal, no direito consuetudinário e nos tratados internacionais. A decisão enfatizou a importância e a conscientização dos direitos humanos no cenário internacional²³⁹⁸.

Outro caso relevante foi *Kadić v. Karadžić*, em 1995, em que vários croatas e muçulmanos processaram o líder sérvio Radovan Karadžić por violação a direitos humanos, inclusive por genocídio e crimes de guerra cometidos sob seu comando durante a guerra na Iugoslávia²³⁹⁹. O tribunal entendeu que o direito das nações não restringia sua aplicabilidade à ação do Estado e que o ATCA não era aplicável apenas em relação a atores estatais, mas também a atores privados por ações privadas, enfrentando a questão da jurisdição *ratione personae* sobre atores não estatais²⁴⁰⁰.

Na sequência desse caso, várias ações foram propostas para responsabilizar as multinacionais por abusos de direitos humanos²⁴⁰¹. Porém, a aplicação do ATCA mostrou-se cercada de divergências, havendo casos em que as ações foram procedentes e outros em que foram rejeitadas, apesar de tratarem de situações semelhantes.

No caso *Doe v. Unocal*, a questão envolvia agricultores de Mianmar processando as petrolíferas Unocal e Total S.A., em funcionamento no país. Argumentou-se que as empresas estavam envolvidas em um empreendimento de exploração de gás com o governo militar local e que, para abrir caminho para um oleoduto, o governo forçou a mudança de aldeias, deslocou

²³⁹⁶ Ibidem, p. 635.

²³⁹⁷ ADAMSKI, 2011, p. 1513.

²³⁹⁸ Ibidem, p. 1514.

²³⁹⁹ WESCHKA, 2006, p. 635.

²⁴⁰⁰ Ibidem, p. 636.

²⁴⁰¹ SARKIN, J. O advento das ações movidas no Sul para reparação por abusos dos direitos humanos. **Revista Sur** 24, v. 1, n. 1, jan. 2004. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/1/1000217-o-advento-das-acoes-movidas-no-sul-para-reparacao-por-abusos-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 21 mar. 2017. Estima-se que cerca de 150 ações tenham sido propostas nas cortes americanas com base no ATCA contra multinacionais com sede ou vínculo com os EUA por envolvimento em violações de direitos humanos cometidas em países como Birmânia, África do Sul, Equador, Nigéria e Sudão (ENNEKING, 2014, p. 44).

habitantes, torturou pessoas e impôs trabalhos forçados²⁴⁰². Argumentou-se que as empresas eram responsáveis, pois haviam financiado o regime repressivo e o projeto com total conhecimento dos abusos, além de ter tirado proveito deles²⁴⁰³. Embora em primeira instância o caso tenha sido rejeitado, sob o fundamento de que os autores não demonstraram que as empresas queriam que os militares cometessem violações de direitos humanos, a decisão foi revertida e, em setembro de 2002, o tribunal declarou a responsabilidade da Unocal com base no ATCA, por ajudar e estimular o regime militar de Mianmar a submeter os autores a trabalhos forçados²⁴⁰⁴. Um acordo confidencial foi firmado em 2005, em que as vítimas seriam indenizadas e seriam estabelecidos fundos para programas de melhoria nas condições de vida, saúde e educação e para proteger os direitos das pessoas da região²⁴⁰⁵.

No caso *Ivanova v. Ford Motor Co.*, o tribunal examinou as circunstâncias em que a empresa teria agido em colaboração com oficiais nazistas, obrigando civis a realizar trabalhos forçados. A corte considerou que o fato de a empresa defender seus próprios interesses econômicos não impedia que a Ford Motor Co. tivesse atuado como agente ou em combinação com o governo alemão e que não havia razão lógica que impedisse indivíduos particulares e empresas de serem processados por violações universalmente condenadas segundo o direito internacional, mesmo que estivessem agindo “usando a lei como pretexto”²⁴⁰⁶.

Em 2004, a Suprema Corte dos EUA limitou a aplicação do ATCA no caso *Sosa v. Alvarez-Machain*, ao afirmar que o estatuto aplica-se apenas a um conjunto restrito de violações do direito internacional²⁴⁰⁷. O tribunal explicou que qualquer violação do direito contemporâneo das nações deve basear-se não apenas no costume aceito pela comunidade internacional, mas deve ser análogo aos princípios reconhecidos no século XVIII. No entanto, a Suprema Corte ainda permitiria o julgamento de um conjunto limitado de graves violações dos direitos humanos no âmbito do ATCA²⁴⁰⁸.

Outro caso relevante foi o *Wiva v. Royal Dutch Petroleum (Shell)*, iniciado por membros da tribo Ogoni contra a multinacional em função de sua cumplicidade a violações de direitos humanos pelo governo nigeriano. Entre outras questões, centrou-se na tortura praticada pelo governo após manifestações contrárias à exploração de petróleo. Alegou-se que

²⁴⁰² SARKIN, 2004.

²⁴⁰³ Ibidem.

²⁴⁰⁴ WESCHKA, 2006, p. 636.

²⁴⁰⁵ Ibidem, p. 637.

²⁴⁰⁶ SARKIN, 2004, p. 8.

²⁴⁰⁷ ADAMSKI, 2011, p. 1515.

²⁴⁰⁸ Ibidem, p. 1515.

a Shell Nigeria apropriou-se violentamente das áreas para a exploração de petróleo sem pagar a indenização devida. Além disso, as atividades resultaram na poluição do ar e da água. A Shell Nigeria foi acusada de ter recrutado e financiado a polícia nigeriana e militares para atacarem as aldeias locais e suprimirem a oposição a suas atividades. Em 14 de setembro de 2000, a decisão do tribunal que rejeitou o caso sob o fundamento do *forum non conveniens* foi reformada, entendendo-se que o fato de os autores serem residentes nos EUA era uma importante consideração a favor da aceitação da jurisdição²⁴⁰⁹. Esse caso foi considerado uma mensagem de compromisso com a defesa dos direitos humanos, ao permitir o acesso à justiça às vítimas de um caso grave, pelo que se entendeu que os EUA mostraram solidariedade com os seres humanos, em direção à preservação de direitos irrenunciáveis e à paz²⁴¹⁰.

Em 2007, no caso *Khulumani v. Barclay National Bank Ltd.*, movido por atores sul-africanos que foram vítimas, ou parentes de vítimas, do regime do *Apartheid* contra empresas que operavam no país durante o regime, entre os quais, os principais bancos e empresas, desde a Ford Motor Co. até a Internacional Business Machines Corporation, alegou-se que, em virtude de os réus continuarem a realizar negócios na África do Sul durante o *Apartheid*, deveriam ser condenados por cumplicidade ao regime de abusos dos direitos humanos. Em 2004, o tribunal distrital dos EUA posicionou-se a favor do pedido de extinção do processo fundamentado no ATCA, ao contrário da maioria dos tribunais, por entender que o auxílio e a cumplicidade não são abrangidos por este. Em 2007, entretanto, determinou-se que as ações contra cerca de cinquenta empresas poderiam seguir nos EUA com base no ATCA, sob o fundamento de que os acusados ajudaram e incentivaram violações de direitos humanos cometidas pelo governo sul-africano. Os juízes consideraram que havia matéria de jurisdição e restabeleceram a ação²⁴¹¹.

De outro lado, vários casos ilustram o acolhimento de argumentos pela não aplicação do ATCA e rejeição das demandas. No caso *Aguinda v. Texaco Inc.*, um grande número de autores ingressou com uma ação contra a *Texaco*, alegando que as operações petrolíferas haviam poluído rios e florestas no Equador e no Peru²⁴¹². As acusações eram de que, por negligência da *Texaco*, os autores haviam sido expostos a substâncias tóxicas e tiveram ou viriam a sofrer danos à propriedade e lesões, entre elas aumento dos riscos de câncer. Os

²⁴⁰⁹ CHIRWA, 2004, p. 31.

²⁴¹⁰ ZAMORA, F. J. Kiobel y la cuestión de extraterritorialidad. In: ZAMORA, F. J.; CÍVICO, J. G.; PALLARES, L. S. (Eds.). **La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos**. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá/Servicio de Publicaciones, 2013, p. 145.

²⁴¹¹ NEMEROFF, T. Untying the Khulumani knot: Corporate aiding and abetting liability under the Alien Tort Claims Act after *Sosa*. In: **Columbia Human Rights Law Review**, v. 40, p. 231-286, 2008.

²⁴¹² SMITH, 2010, p. 166.

pedidos de compensação foram embasados na teoria da negligência, na responsabilidade objetiva, no ATCA e nos danos causados. Porém, as ações foram rejeitadas com base na doutrina do *forum non conveniens*²⁴¹³.

No caso Union Carbide, relativo ao maior desastre industrial por vazamento de produto químico em Bhopal, Índia²⁴¹⁴, milhares de cidadãos indianos moveram ações contra a empresa americana nos EUA. As ações foram rejeitadas com base no *forum non conveniens*, para que as ações fossem propostas no sistema legal indiano²⁴¹⁵. Após a rejeição do caso, a Suprema Corte Indiana aprovou um acordo, em 1989, que previa uma indenização total e definitiva de US\$ 470 milhões, o que resultou em indenizações entre US\$ 2,5 mil e US\$ 7,5 mil por pessoa, para os casos de morte, e entre US\$ 1,25 mil e US\$ 5 mil para os casos de incapacidade permanente, tendo sido criticado por não atender as necessidades das vítimas²⁴¹⁶. Em 1999, um grupo de vítimas ingressou com uma ação contra a Union Carbide nos EUA buscando indenização pelo incidente e pela suposta contaminação ambiental em curso e em torno do complexo industrial de Bhopal²⁴¹⁷. Depois de uma série de recursos, os pedidos de indenização foram rejeitados, porque o tribunal considerou que as alegações eram improcedentes pelo fato do acordo firmado na Índia²⁴¹⁸. Contudo, o tribunal permitiu que as ações prosseguissem em relação a danos materiais pela contaminação ambiental no local da fábrica e nas áreas vizinhas. Em 2012, o tribunal distrital indeferiu o processo contra a Union Carbide; os autores recorreram e foi confirmada a sentença de primeira instância em 2013²⁴¹⁹.

Em abril de 2013, no caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Company*, a Suprema Corte dos EUA rejeitou a ação movida contra a Royal Dutch Shell Petroleum Company, Shell Transport & Trading Co., Plc, e sua subsidiária Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd., com fundamento na inaplicabilidade do ATCA. A ação foi apresentada em nome do falecido dr. Kiobel, líder Ogoni, e onze outros nigerianos do Delta do Níger. A ação coletiva buscava a compensação por danos e outras medidas para os crimes contra a humanidade, incluindo tortura e execuções extrajudiciais e outras violações do direito internacional cometidas com ajuda e cumplicidade dos réus contra o povo Ogoni. Embora a

²⁴¹³ Ibidem, p. 166.

²⁴¹⁴ CHERUKUPALLY, A. Union Carbide and the Bhopal Disaster. In: **Global Research**, 18 out. 2011. Disponível em: <<http://www.globalresearch.ca/union-carbide-and-the-bhopal-disaster/27161>>. Acesso em: 07 nov. 2014.

²⁴¹⁵ SMITH, 2010, p. 166-167.

²⁴¹⁶ Ibidem, p. 167.

²⁴¹⁷ BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. **Perfil do Caso: Union Carbide/Dow lawsuit (re Bhopal)**. S.d. i. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/union-carbidedow-lawsuit-re-bhopal#c9302>>. Acesso em: 19 out. 2014.

²⁴¹⁸ Ibidem.

²⁴¹⁹ Ibidem.

Suprema Corte tenha anunciado em outubro de 2011 que iria reconhecer a ação com base no ATCA e tenha ouvido duas rodadas de argumentos orais, em abril de 2013, rejeitou o caso ao entender que o estatuto não alcança conduta extraterritorial no exterior²⁴²⁰. Os juízes entenderam que a ligação da Shell com os EUA era muito tênue, apesar do fato de a empresa ter negócios no país.

Na visão dos defensores dos direitos humanos, a decisão significou que as portas para a justiça serão fechadas para os estrangeiros que realmente não têm a quem recorrer para receber reparação por danos decorrentes de violações de direitos humanos²⁴²¹. Por outro lado, as multinacionais aplaudiram a decisão unânime da Suprema Corte que limita a capacidade dos demandantes para processar empresas nos tribunais dos EUA por ações cometidas no estrangeiro²⁴²².

A decisão revelou uma posição mais limitada sobre a utilização do ATCA²⁴²³. Parece que, após o julgamento do caso *Kiobel*, o ponto de partida é que o ATCA não pode servir de base para ações que visem responsabilizar estrangeiros quando dizem respeito a violações perpetradas fora dos EUA, a menos que se possa comprovar uma ligação forte — interesses dentro — com o território dos EUA²⁴²⁴. Esse padrão de relações substanciais com o país é bastante vago, e os tribunais continuarão a considerar caso a caso²⁴²⁵, embora as ações estejam mais propensas à rejeição pela doutrina do *forum non conveniens*²⁴²⁶. Infelizmente, uma rejeição com base nesse argumento é tipicamente um resultado decisivo, e se as vítimas não forem capazes de levar adiante as ações nos tribunais americanos, provavelmente não serão indenizadas²⁴²⁷.

Para os defensores dos direitos humanos, a simples existência do ATCA e a possibilidade de sua aplicação, embora incerta e discricionária²⁴²⁸, já significa um passo na busca pela responsabilização das multinacionais. Entre estes, há os que sustentam que o

²⁴²⁰ BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. **US Supreme Court issues decision in *Kiobel v. Shell***. S/d l. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/us-supreme-court-issues-decision-in-kiobel-v-shell-alien-tort-claims-act-does-not-apply-extraterritorially-affirms-dismissal-of-case#c71940>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

²⁴²¹ HITCHON, J. U.S. *Kiobel* Decision Bucks 30 Years of Precedent. **Inter Press Service**, Washington, 18 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.ipsnews.net/2013/04/u-s-kiobel-decision-bucks-30-years-of-precedent/>>. Acesso em: 06 nov. 2014.

²⁴²² Para *The Economist*, os que querem que os tribunais dos EUA julguem os problemas do mundo terão de procurar em outro lugar (THE ECONOMIST, 2013).

²⁴²³ ENNEKING, 2014, p. 50.

²⁴²⁴ *Ibidem*, p. 50.

²⁴²⁵ MARTÍN-ORTEGA, 2008, p. 271.

²⁴²⁶ SMITH, 2010, p. 165.

²⁴²⁷ *Ibidem*, p. 165.

²⁴²⁸ MORA, P. D. The Alien Tort Statute after *Kiobel*: the possibility for unlawful assertions of universal civil jurisdiction still remains. In: **International and Comparative Law Quarterly**, v. 63. part. 3, p. 699-719, 2014.

ATCA poderia tornar-se um meio de estender a jurisdição das cortes dos EUA a todas as violações de direitos humanos cometidas no estrangeiro²⁴²⁹.

Entre as vantagens na aplicação do ATCA estão o fato de que nos EUA garante-se aos autores o direito a um julgamento pelo júri na maioria dos processos, o que confere vantagens para autores individuais em processos civis contra grandes empresas, mais propensos a uma maior indenização²⁴³⁰. Além disso, o sistema de júri permite que o advogado do autor assuma um papel estratégico na seleção dos membros e na escolha um público mais receptivo a suas reivindicações²⁴³¹. Outro aspecto refere-se às custas do litígio, que são mais acessíveis à parte demandante quando carente de recursos. Autores sem recursos podem enfrentar dificuldades em ingressar com ações contra multinacionais em países que não têm assistência jurídica e têm custas²⁴³². Nesse ponto, o “sistema americano”, em que a parte vencida não tem de pagar as despesas do vencedor, reduz os custos. Ademais, procedimentos como ações coletivas diminuem os custos do litígio em larga escala. Ainda, as normas processuais dos EUA facilitam o ingresso da ação, porque a maioria das cortes permite que isto se dê diante de alegações imprecisas e com poucas evidências²⁴³³. Sustenta-se que os autores podem manipular a escolha das normas para obter a aplicação mais favorável do direito material, já que cada Estado tem suas leis, portanto, os demandantes geralmente encontram ao menos um tribunal com uma regra mais favorável à parte autora²⁴³⁴.

Todavia, a posição em prol da ampliação da aplicação do ATCA possui opositores, entre eles as multinacionais e as associações empresariais, que estão se esforçando para que o ATCA seja abolido²⁴³⁵. Desde 2002, o *lobby* das multinacionais e o governo americano à época engajaram-se em uma cruzada para a eliminação do ATCA, pelo receio de que se abrissem as portas para milhares de ações por violações de direitos humanos contra as multinacionais, o que poderia resultar em danos à economia, com a redução do investimento estrangeiro, e ao sistema judicial dos EUA²⁴³⁶.

5.2.2.2 A extraterritorialidade fora dos Estados Unidos

²⁴²⁹ WESCHKA, 2006, p. 639.

²⁴³⁰ DOWARD, D. J. Forum Non Conveniens Doctrine and the Judicial Protection of Multinational Corporations from Forum Shopping Plaintiffs. In: **Journal of International Law**, v. 19, p. 141-168, 2014.

²⁴³¹ Ibidem, p. 146.

²⁴³² Ibidem, p. 147.

²⁴³³ Ibidem, p. 148.

²⁴³⁴ Ibidem, p. 149.

²⁴³⁵ WESCHKA, 2006, p. 640.

²⁴³⁶ Ibidem, p. 643.

Tendo em vista que as multinacionais cada vez mais têm sido processadas por ilícitos no estrangeiro em países como Canadá, Austrália e Reino Unido²⁴³⁷, torna-se relevante analisar a contribuição da jurisprudência desses países. Ao contrário dos EUA, onde os casos são fundamentados em violações de direitos humanos, no Reino Unido e na Austrália, o fundamento tem sido a violação do princípio do “dever de cuidado”²⁴³⁸. Assim, um ator privado será responsável se for provado que tinha um dever de cuidado em relação aos autores da ação, que este dever foi violado e que a violação causou o dano²⁴³⁹.

No Reino Unido, há um mecanismo para aplicação da extraterritorialidade, com atribuição da competência nacional em matéria de violação do direito internacional mediante atos de tortura pelo *Torture (Damages) Bill*²⁴⁴⁰. Com esse dispositivo, uma pessoa que cometa tortura, onde quer que seja, estará sujeita a responder uma ação de indenização. Mesmo que a tortura ocorra fora do Reino Unido, a lei poderá ser aplicada quando não houver remédio adequado e eficaz no Estado em que foi cometida²⁴⁴¹. À exceção dessa lei, não há mecanismo semelhante ao ATCA. Porém, a jurisprudência inglesa tem aceitado a responsabilização das multinacionais por meio do princípio do dever de cuidado.

O caso Thor Chemicals Holdings Ltd. retrata a aplicação do princípio. Trata-se de caso que envolveu a fabricação de produtos à base de mercúrio por uma empresa britânica. Na década de 1980, tal produção foi criticada, pois testes de urina aplicados aos empregados da empresa revelaram níveis elevados de do metal pesado²⁴⁴². A empresa mudou as atividades para a África do Sul sem enfrentar a questão da saúde e segurança dos trabalhadores. Além disso, empregava trabalhadores informais não treinados, que eram dispensados quando seus níveis de mercúrio tornavam-se altos e substituídos por outros trabalhadores²⁴⁴³. O escândalo foi descoberto em 1992, após a morte de trabalhadores e de outros terem sofrido envenenamento. Em nome de vinte funcionários, os pedidos de indenização foram levados ao tribunal britânico, alegando que a empresa-mãe britânica fora responsável pelo dano por negligência, transferência, operação, supervisão e acompanhamento de um processo

²⁴³⁷ CHIRWA, 2004, p. 31.

²⁴³⁸ Ibidem, p. 31.

²⁴³⁹ Ibidem, p. 31.

²⁴⁴⁰ HOUSE OF LORDS. **Torture (Damages) Bill**. Bill to make provision for actions for damages for torture; and for connected purposes. HL Bill 30, Londres, 5 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldbills/030/2008030.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

²⁴⁴¹ Ibidem.

²⁴⁴² WESCHKA, 2006, p. 631.

²⁴⁴³ Ibidem, p. 631.

perigoso²⁴⁴⁴. O pedido de rejeição do processo com base no *forum non conveniens* foi recusado pela conexão do caso com o Reino Unido e porque a empresa aceitou a jurisdição ao apresentar defesa²⁴⁴⁵.

O caso *Connelly v. RTZ Corporation Plc.* também versou sobre o dever de cuidado por violações cometidas por agentes privados no exterior²⁴⁴⁶. O autor, o sr. Connelly, trabalhou em uma mina de urânio na Namíbia, explorada pela Rio Tinto, filial da RTZ Corporation. No período, foi exposto a um nível elevado de pó de minério de urânio sem equipamentos de segurança e desenvolveu câncer de laringe. Embora o dano tenha ocorrido na Namíbia, o autor, residente na Escócia, ingressou com a ação no Reino Unido, com a alegação da falha da empresa em proporcionar um sistema seguro de trabalho, em especial a falta de proteção contra os efeitos do pó de minério de urânio²⁴⁴⁷. Em que pese a RTZ ter sido diretamente responsável pelas decisões relativas à quantidade da produção da mina e os níveis de poeira sem assegurar que precauções fossem tomadas para proteger os trabalhadores, a empresa sustentou que a ação deveria ser rejeitada com base no *forum non conveniens*, pois a Namíbia era o local adequado para o julgamento²⁴⁴⁸. Embora o argumento tenha sido aceito em um primeiro momento, a Câmara dos Lordes permitiu que o autor seguisse com o processo em solo britânico pelos obstáculos enfrentados na Namíbia, entre eles a falta de assistência jurídica, a complexidade do caso e a necessidade de prova pericial especializada que não estaria disponível para o autor naquele país²⁴⁴⁹.

No mesmo sentido, o caso *Lubbe v. Cape Plc.* referiu-se a uma empresa britânica processada por atividade de suas subsidiárias na exploração de uma mina de amianto na África do Sul. Não obstante as atividades tenham sido realizadas por filiais, em algumas minas não existia qualquer meio de precaução em relação à saúde e à segurança das pessoas. Nesse contexto, os níveis de poeira de amianto excederam os limites admitidos no Reino Unido²⁴⁵⁰; não apenas os trabalhadores foram expostos a níveis elevados de poeira, mas também os moradores das proximidades. Em 1977, três trabalhadores que sofreram doença pulmonar por inalação de partículas de amianto e dois moradores com câncer de pulmão relacionado à exposição ao amianto processaram a Cape Plc.²⁴⁵¹. Assim como no caso

²⁴⁴⁴ Ibidem, p. 632.

²⁴⁴⁵ Ibidem, p. 632.

²⁴⁴⁶ CHIRWA, 2004, p. 31.

²⁴⁴⁷ Ibidem, p. 31.

²⁴⁴⁸ WESCHKA, 2006, p. 632.

²⁴⁴⁹ CHIRWA, 2004, p. 32.

²⁴⁵⁰ WESCHKA, 2006, p. 633.

²⁴⁵¹ Ibidem, p. 633.

Connelly v. RTZ Corporation Plc, a Câmara dos Lordes decidiu que a falta de meios na África do Sul para dar suporte ao processo consistia fundamento suficiente para admitir o caso. Entendeu ainda que as violações ao dever de cuidado ocorreram no Reino Unido, sede da empresa-mãe²⁴⁵².

No Canadá, houve uma iniciativa para adotar um mecanismo semelhante ao ATCA, por intermédio do Projeto de Lei C-354” (*Bill C-354*), proposto em 2009, com o título de Lei de Promoção e Proteção Internacional dos Direitos Humanos²⁴⁵³. Para o proponente, a lei asseguraria a responsabilidade das empresas canadenses que operam no exterior, alargando a competência da corte local para proteção dos estrangeiros contra violações cometidas por empresas que operam fora do Canadá. O projeto de lei responsabilizaria os infratores por graves violações dos direitos humanos, independentemente de onde tivessem ocorrido²⁴⁵⁴. O projeto começa com uma disposição semelhante ao ATCA no que se refere à jurisdição e prossegue com uma enumeração não taxativa de situações que constituem violações aos direitos humanos, mencionando o genocídio, a escravidão, o tráfico de escravos, execuções extrajudiciais, desaparecimentos de pessoas e outros²⁴⁵⁵. Em seguida, declara a imprescritibilidade das ações e, em circunstâncias excepcionais, autoriza a transferência do caso para outra jurisdição mais apropriada²⁴⁵⁶. Entretanto, até o momento, não se tornou lei por conta do *lobby* da indústria extrativa²⁴⁵⁷, embora sua discussão tenha sido retomada em meados de 2011²⁴⁵⁸.

Apesar disso, a Suprema Corte canadense tem entendido, desde o caso *R. v. Hape* (2007 SCC 26), que embora o Canadá não tenha um mecanismo equivalente ao ATCA, as multinacionais ainda podem sofrer ações judiciais no Canadá por violações do Direito

²⁴⁵² Ibidem, p. 633.

²⁴⁵³ DAHL, H. S. **Exposición de Motivos**. Ley Modelo Latinoamericana de Protección Internacional de los Derechos Humanos. S.d. Disponível em: <http://www.interamericanbarfoundation.org/Ley_Modelo_Latinoamericana.html>. Acesso em: 14 nov. 2014.

²⁴⁵⁴ JULIAN, P. **Bill C-354 (Historical)**. An Act to amend the Federal Courts Act (international promotion and protection of human rights). 2009. Disponível em: <<http://openparliament.ca/bills/40-3/C-354/?tab=mentions>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

²⁴⁵⁵ DAHL, s.d.

²⁴⁵⁶ Ibidem.

²⁴⁵⁷ RUBIO, J. J. A. et. al. A propósito de la ley modelo latinoamericana de protección internacional de los derechos humanos (La Ley Modelo Dahl). In: **Revista de Estudios Jurídicos**, n. 11, p. 1-15, 2011 (Segunda Época).

²⁴⁵⁸ JULIAN, 2009. FEATHERBY, J. (Ed.). **Global Business & Human Rights Jurisdictional Comparitions** - European Lawyer Reference Series. S.l.: The European Lawyer, 2011, p. 126.

Internacional cometidas no exterior. Nesse caso, a Corte decidiu que o direito consuetudinário faz parte do direito canadense²⁴⁵⁹.

Porém, no Canadá, os casos de responsabilidade civil contra multinacionais por violações a direitos humanos não têm obtido grande êxito²⁴⁶⁰. Embora os tribunais não tenham rejeitado as ações, muitos casos não tiveram julgamento de mérito, alguns por motivos processuais e outros por motivos fáticos, sendo que, em alguns, o não conhecimento deu-se com base no *forum non conveniens*²⁴⁶¹. Entre os casos estão *Ramirez v. Copper Mining Co. e TSX*, cuja decisão de rejeição foi confirmada pelo tribunal em Toronto, e a demanda proposta por cidadãos congolezes contra Anvil Mining Ltd., pelo envolvimento em graves acontecimentos no Congo, em 2004. A ação foi ajuizada em 2010 e rejeitada com base no *forum non conveniens*, em 2011²⁴⁶².

Entre os casos proeminentes estão *Choc v. HudBay Minerals Inc.*, em que Adolfo Ich de Chaman, um indígena, líder comunitário e crítico dos danos causados pelas atividades de mineração canadenses em sua comunidade, foi morto por agentes de segurança da empresa HudBay Minerals, na Guatemala, em 2009²⁴⁶³, o caso *Chub v. HudBay Minerals Inc.*, em que um alemão, o sr. Chub, foi baleado no mesmo dia e pelo mesmo pessoal de segurança da empresa que disparou contra Adolfo Ich, deixando-o paraplégico e com o pulmão direito inutilizado²⁴⁶⁴, e o caso *Caal v. HudBay Minerals Inc.*, em que Rosa Elbria Ich Choc, Margarita Caal Caal e nove outras mulheres da comunidade do Lote Ocho foram estupradas pelo pessoal de segurança da empresa de mineração, policiais e militares durante a remoção forçada de sua aldeia. O despejo foi conduzido pela mineradora canadense Skye Resources, que pretendia desocupar a terra para o projeto de mineração Fenix. A Skye Resources, mais tarde, fundiu-se com a HudBay Minerals, razão pela qual a HudBay tem sido acusada de ser responsável pelas ilegalidades e passivos da Skye Resources²⁴⁶⁵. Os três processos estão em andamento, e entre os principais desenvolvimentos estão a manifestação da HudBay em fevereiro de 2013, opondo-se a ter o caso ouvido em tribunal canadense, e o julgamento em

²⁴⁵⁹ FAIRLEY, H. S.; LAWTON, K. **International Human Rights-Based Torts: A New Species of Litigation Risk for Canadian Companies Operating Abroad**. 02 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.lexpert.ca/USGuide-Litigation/featured-articles/international-human-rights-based-torts-a-new-species-of-litigation-risk-for-canadian-companies-operating-abroad-11/>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

²⁴⁶⁰ Ibidem.

²⁴⁶¹ Ibidem.

²⁴⁶² RUBIO, 2011, p. 9-10.

²⁴⁶³ KLIPPENSTEIN BARRISTER & SOLICITORS. **Lawsuits against Canadian company HudBay Minerals Inc. over human rights abuse in Guatemala**. S/d. Disponível em: <<http://www.chocversushudbay.com>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

²⁴⁶⁴ Ibidem.

²⁴⁶⁵ Ibidem.

julho de 2013, pelo Tribunal Superior de Ontário, que decidiu que os processos podem seguir para julgamento no tribunal canadense²⁴⁶⁶. Embora o mérito não tenha sido julgado, foi a primeira vez que um tribunal canadense entendeu que uma ação pode ser proposta contra uma empresa canadense por não impedir abusos de direitos humanos praticados por uma subsidiária no exterior²⁴⁶⁷.

A Austrália também não tem disposições materiais e processuais sobre a violação de direitos humanos por seus nacionais no exterior²⁴⁶⁸, mas há uma possibilidade maior de responsabilizar as multinacionais por abusos de direitos humanos no estrangeiro nos tribunais australianos pela abordagem mais favorável a ações com tal escopo²⁴⁶⁹. Em um caso de grande repercussão, o Ok Tedi, a alegação dizia respeito a uma mina operada por uma subsidiária da BHP Billiton Limited, que poluiu o rio Ok Tedi, em Papua-Nova Guiné. Alguns proprietários de terras de Papua-Nova Guiné processaram a BHP em Melbourne, Austrália, alegando que as operações da mina no Ok Tedi acarretaram a destruição do meio ambiente e de seu estilo de vida tradicional²⁴⁷⁰; os autores sustentaram que a BHP despejou resíduos nos rios Ok Tedi e Fly. Em 1996, a BHP e os autores chegaram a um acordo fora dos tribunais que incluía o pagamento de cerca de AUD 40 milhões em compensação financeira e a dragagem de rejeitos dos rios, em uma tentativa de impedir novos danos²⁴⁷¹. Em 2000, os autores processaram a BHP na Austrália novamente, por violação dos termos do acordo de 1996²⁴⁷². Em fevereiro de 2002, a BHP Billiton (decorrente de uma fusão em 2001) retirou-se da mina no Ok Tedi, transferindo sua participação acionária de 52% para a Papua New Guinea Sustainable Development Program Limited. Ao mesmo tempo, a BHP assinou acordos para a continuação das minas com a maioria dos clãs locais ou proprietários de terras. Esses acordos significavam que tais grupos consentiam com a continuação da atividade de mineração e isentavam a BHP Billiton de qualquer responsabilidade²⁴⁷³. Em janeiro de 2007, os grupos de proprietários de terra e os povos indígenas entraram com uma ação contra a BHP

²⁴⁶⁶ BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. **Perfil do Caso: HudBay Minerals lawsuits (re Guatemala)**. S.d d. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/hudbay-minerals-lawsuits-re-guatemala-0#c18034>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

²⁴⁶⁷ FAIRLEY; LAWTON, 2013.

²⁴⁶⁸ PRIHANDONO, I. Barriers to transnational human rights litigation against transnational corporations (TNCs): The need for cooperation between home and host countries. In: **Journal of Law and Conflict Resolution**, v. 3(7), p. 89-103, 2011.

²⁴⁶⁹ Ibidem, p. 95.

²⁴⁷⁰ BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. **Perfil do Caso: BHP lawsuit (re Papua New Guinea)**. S.d b. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/bhp-lawsuit-re-papua-new-guinea#c9315>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

²⁴⁷¹ Ibidem.

²⁴⁷² Ibidem.

²⁴⁷³ Ibidem.

Billiton e os operadores da mina Ok Tedi por danos superiores a US\$ 4 bilhões²⁴⁷⁴. Os autores desta ação não haviam assinado os acordos para a continuação das minas; a BHP Billiton e os outros réus solicitaram ao tribunal que o processo fosse extinto. Em setembro de 2013, o Parlamento aprovou uma lei retirando a imunidade da BHP Billiton com relação às reivindicações ambientais e, em janeiro de 2014, um tribunal ordenou que as minas no Ok Tedi impedissem o lançamento de resíduos de minas nos rios²⁴⁷⁵.

Diferentemente dos tribunais de outros Estados da *common law*, os tribunais australianos têm interpretado sua competência para julgar as ações de forma mais ampla²⁴⁷⁶. Diante do teste do “fórum claramente inapropriado”, é improvável que se posicionem pela rejeição das ações, particularmente nos casos em que a empresa ré tenha domicílio na jurisdição do tribunal²⁴⁷⁷. Portanto, a abordagem é mais favorável aos autores, pois o réu tem o ônus de demonstrar que o tribunal australiano é um fórum inapropriado²⁴⁷⁸. Mesmo quando a legislação de um país estrangeiro deve ser aplicada para decidir um caso, entende-se que a Austrália não seria um fórum inapropriado para decidir a questão²⁴⁷⁹. Por isso, o país poderá tornar-se o epicentro da próxima rodada de testes sobre a responsabilidade das multinacionais. Os tribunais australianos são considerados férteis e praticamente não testados quanto à possibilidade de responsabilizar multinacionais, australianas ou não²⁴⁸⁰.

Quanto à União Europeia, nenhum Estado-membro tem o equivalente do ATCA e, portanto, nenhum tribunal nacional na UE tem, por si só, jurisdição civil sobre as violações do direito internacional cometidas no estrangeiro por empresas²⁴⁸¹. No entanto, na UE, as regras de competência são amplas, embora não como nos EUA, onde contatos da empresa ré com os EUA são suficientes para estabelecer competência²⁴⁸². Na UE, o réu deve ser processado em seu domicílio, e o domicílio de uma empresa é a localização de sua sede empresarial ou em que sua sede esteja registrada²⁴⁸³. Pelo art. 2º da Convenção de Bruxelas, qualquer empresa ré “domiciliada” em um Estado-membro pode ser processada naquele Estado. Isso abre

²⁴⁷⁴ Ibidem.

²⁴⁷⁵ Ibidem.

²⁴⁷⁶ PRIHANDONO, 2011, p. 95.

²⁴⁷⁷ Ibidem, p. 95.

²⁴⁷⁸ MEERAN, 2011, p. 1-41.

²⁴⁷⁹ Ibidem, p. 1.

²⁴⁸⁰ KOLIEB, J. Corporate accountability and gutting the US Alien Tort Statute. **The Conversation**, 25 abr. 2013. Disponível em: <<http://theconversation.com/corporate-accountability-and-gutting-the-us-alien-tort-statute-13752>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

²⁴⁸¹ WOUTERS, J.; RYNGAERT, C. Litigation for Overseas Corporate Human Rights Abuses in the European Union: The Challenge of Jurisdiction. In: **Institute for International Law Working Paper**, n. 124, Katholieke Universiteit Leuven, Faculty of Law, 2008.

²⁴⁸² Ibidem, p. 6

²⁴⁸³ MEERAN, 2011, p. 13.

oportunidades para processar as multinacionais sediadas na UE em seu Estado de origem por violações dos direitos humanos cometidas no estrangeiro²⁴⁸⁴. O autor não precisa ter a nacionalidade de um Estado-membro da UE, nem a violação precisa ter ocorrido no território de um Estado-membro. Permite-se que qualquer pessoa, de qualquer nacionalidade, possa processar uma multinacional com sede na UE por violações cometidas no exterior²⁴⁸⁵. Essa é a interpretação do Parlamento Europeu, que, em 2002, chamou a atenção para o fato de que a Convenção de Bruxelas permite a jurisdição dentro dos tribunais dos Estados-membros da UE para os casos contra empresas registradas ou domiciliadas na União em matéria de danos sofridos em países terceiros²⁴⁸⁶. Contudo, nenhuma jurisprudência foi apresentada pelo Parlamento e não há jurisprudência sobre multinacionais que estão sendo responsabilizadas por danos no estrangeiro²⁴⁸⁷.

Portanto, exceto no Reino Unido, os tribunais de outros Estados da UE têm interpretado estritamente as regras de competência da Convenção de Bruxelas²⁴⁸⁸. No entanto, até 2005, os tribunais britânicos haviam interpretado o art. 2º da convenção como uma possibilidade para a rejeição de um caso contra o réu domiciliado no Reino Unido, quando as circunstâncias apontassem a existência de um tribunal mais apropriado²⁴⁸⁹. Com o julgamento *Owusu v. Jackson*, o tribunal decidiu que a Convenção de Bruxelas impede que o tribunal de um Estado-parte decline a competência que lhe é conferida pelo art. 2º, sob o fundamento de que um tribunal de um Estado não parte seria o local mais apropriado para o julgamento da ação²⁴⁹⁰. Desse modo, o TJUE decidiu pela não aplicação do princípio do *forum non conveniens*, o que é um benefício para os autores em processos contra as multinacionais²⁴⁹¹.

Comparado aos EUA, o regime da Convenção de Bruxelas apresenta a vantagem de opor-se a qualquer declínio de competência por um Estado-membro para os casos que se enquadrem em seu âmbito de regulação, com base no *forum non conveniens*²⁴⁹². Outro obstáculo é o que se refere à responsabilidade da empresa controladora pela conduta ilícita de

²⁴⁸⁴ WOUTERS; RYNGAERT, 2008, p. 6.

²⁴⁸⁵ Ibidem, p. 7.

²⁴⁸⁶ Ibidem, p. 7.

²⁴⁸⁷ Ibidem, p. 7.

²⁴⁸⁸ MEERAN, 2011, p. 13.

²⁴⁸⁹ Ibidem, p. 14.

²⁴⁹⁰ WESCHKA, 2006, p. 634.

²⁴⁹¹ Ibidem, p. 634.

²⁴⁹² KATUOKA, S.; DAILIDAITE, M. Responsibility of Transnational Corporations for Human Rights Violations: deficiencies of international legal background and solutions offered by national and regional legal tools. In: **Jurisprudence**, 19(4), p. 1301-1316, 2012.

uma subsidiária no exterior²⁴⁹³. Infelizmente, não existe uniformidade sobre a questão entre os Estados-membros da UE. O simples fato de existir uma relação entre as empresas não é suficiente para imputar a responsabilidade de uma filial à sociedade-mãe²⁴⁹⁴. No entanto, há várias maneiras para afastar o chamado *corporate veil* de uma empresa controladora na UE, entre as quais, a alegação de negligência, quando a controladora não foi capaz de supervisionar o comportamento da filial estrangeira, pois aquela tem um dever de cuidado com esta e deve ou deveria saber que medidas poderiam ser tomadas ou foram tomadas pela subsidiária para evitar o dano²⁴⁹⁵. Porém, os tribunais dos países da UE não emitiram uma decisão final sobre a responsabilidade da controladora por violação de direitos humanos por uma subsidiária no exterior, salvo no Reino Unido²⁴⁹⁶. No geral, o litígio é mais favorável às vítimas nos EUA do que na UE, porque aspectos importantes da responsabilidade direta dos investidores estrangeiros ainda são regulados pelos Estados-membros na UE²⁴⁹⁷.

Na América Latina, em 2010, propôs-se uma Lei Modelo de Proteção Internacional de Direitos Humanos, chamada Lei Modelo Dahl, de autoria de Henry Dahl²⁴⁹⁸, visando abrir um canal para que as vítimas de violações de direitos humanos no exterior pudessem ter acesso aos tribunais. Trata-se de projeto de lei inspirado no modelo do projeto canadense e no ATCA, mas que se diferencia por particularidades como: aplicabilidade não apenas a estrangeiros, mas também aos nacionais; busca por soluções processuais práticas, como admissão da prova produzida no exterior; determinação de que o tribunal possa impor indenizações com base na legislação estrangeira relacionada ao caso; redução dos recursos dilatórios, submetendo a maioria ao efeito devolutivo; determinação da imprescritibilidade dessas ações e, finalmente, busca facilitar a realização de diligências, como notificações²⁴⁹⁹.

6 Síntese conclusiva

A análise da relação entre os investidores estrangeiros e os direitos humanos aponta para desafios relevantes sob a óptica do Direito Internacional. Embora os direitos humanos voltem-se à comunidade internacional, que é obrigada a respeitá-los, cumpri-los e fazer

²⁴⁹³ PRIHANDONO, 2011, p. 95.

²⁴⁹⁴ Ibidem, p. 95.

²⁴⁹⁵ Ibidem, p. 95.

²⁴⁹⁶ Ibidem, p. 95.

²⁴⁹⁷ KATUOKA; DAILIDAITE, 2012, p. 1312.

²⁴⁹⁸ CABOT, F. J. Z. La responsabilidad de las empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos: práctica reciente. In: **Papeles El Tiempo de Los Derechos**, ano 1, n. 1, 2012, p. 4.

²⁴⁹⁹ DAHL, s.d.

cumprir suas normas, quando os responsáveis por abusos são grandes atores econômicos, existem diversas dificuldades²⁵⁰⁰.

Algumas conclusões preliminares parecem justificar essa situação, entre elas a continuidade das relações de poder, tendo em vista que as elites econômicas são vistas como atores-chave, notadamente em países em reconstrução após conflitos, guerras e regimes políticos autoritários. Na África do Sul, por exemplo, o governo justificou a oposição às ações das vítimas do *Apartheid* contra multinacionais pela preocupação de que poderia desencorajar o investimento e prejudicar o desenvolvimento econômico do país²⁵⁰¹. Outro aspecto remonta a problemas de cunho normativo, como o conceito de “atores não estatais”, no qual se inserem as multinacionais. Embora diversos autores tenham afirmado que as mudanças na ordem internacional devem ser acompanhadas por mudanças quanto à subjetividade no Direito Internacional, ainda não se desenvolveu um meio para torná-las diretamente responsáveis no campo dos direitos humanos²⁵⁰².

Apesar de as empresas multinacionais poderem envolver-se de muitos modos em abusos de direitos humanos, existe uma grande dificuldade em estabelecer a diferença entre uma atividade empresarial neutra e um comportamento moralmente condenável, especialmente quando se beneficiam dos que abusam de direitos humanos, e de definir quando isso passa a significar um ato de cumplicidade com o violador²⁵⁰³. Além disso, os esforços de tornar as multinacionais responsáveis encontram vários obstáculos práticos, pela extraterritorialidade dos danos que dificultam as investigações e as tornam onerosas. Ademais, essas empresas não são claramente estruturadas e caracterizam-se por estruturas complexas²⁵⁰⁴. Diante disso, os julgamentos geralmente fundam-se em questões procedimentais, o que permite escapar do enfrentamento do mérito da questão.

O quadro originou na Suíça, país com a maior densidade de multinacionais por habitante, a campanha “Direito sem fronteiras”²⁵⁰⁵. Trata-se de iniciativa que reconhece a insuficiência dos meios de responsabilização dessas empresas e que visa introduzir um marco jurídico que exija às multinacionais suíças obrigações claras para que não violem direitos

²⁵⁰⁰ KALECK; SAAGE-MAAB, 2010, p. 718.

²⁵⁰¹ Ibidem, p. 718-719.

²⁵⁰² Ibidem, p. 719-720.

²⁵⁰³ Ibidem, p. 722.

²⁵⁰⁴ Ibidem, p. 722.

²⁵⁰⁵ A campanha foi lançada em conjunto por mais de 50 ONGs e está disponível em: <http://www.droitsansfrontieres.ch/fr/>. Acesso em: 20 dez. 2014.

humanos ou o meio ambiente em suas operações no exterior²⁵⁰⁶. Propõe-se a eliminação da separação jurídica entre a sede central e as filiais, para que as pessoas não sejam prejudicadas pelas atividades das multinacionais, de suas filiais ou de seus fornecedores, permitindo que sejam demandadas na Suíça²⁵⁰⁷. Busca solucionar os problemas dos distintos padrões regulatórios e do acesso à justiça por parte das vítimas. O percurso, entretanto, não é simples, mas a iniciativa contempla uma direção embasada no fundamento de que os direitos humanos devem ter uma tutela universal²⁵⁰⁸ e não podem permanecer limitados ao princípio da territorialidade.

Nessa linha, entende-se que os responsáveis por uma violação devem ser processados e condenados, independentemente do local da violação e da residência dos atores, e se são atores diretos, cúmplices, instigadores ou beneficiários²⁵⁰⁹. Como a globalização permite que as empresas transfiram parte, ou a maior parte, de suas atividades para países estrangeiros com ambiente de investimento mais favorável, deve-se permitir que aqueles que sofrem danos em função dessas atividades busquem um nível mais elevado de proteção²⁵¹⁰. As barreiras criadas pelas noções tradicionais de soberania, de personalidade jurídica distinta e de responsabilidade limitada, cada vez mais desatualizadas, consistem obstáculos para quem busca a responsabilização das multinacionais por prejuízos causados aos seres humanos e ao planeta²⁵¹¹.

O pensamento de Avelãs Nunes (2003, p. 122) de que é preciso modificar as estruturas do poder econômico e do poder político, a racionalidade que preside as economias e as sociedades capitalistas, rejeitando a lógica neoliberal, que deixa de fora da análise econômica e social da realidade o poder, as relações de poder e as estruturas do poder, e sustenta de que tudo aquilo que a humanidade precisa é um mercado livre que o resto vem por si, torna-se mais expressivo quando o foco volta-se à capacidade do direito internacional de responsabilizar os investidores estrangeiros por violar os direitos humanos. O mercado (e as suas “leis naturais”, capazes de resolver os problemas da humanidade) é precisamente um dos mecanismos fundamentais da estrutura de direitos e poderes que se admite ser necessário modificar.

²⁵⁰⁶ EGGER, M. A sociedade civil do Norte exige um ‘Direito sem fronteiras’ para as multinacionais (Entrevista a Sergio Ferrari). In: **Agência de Informação Frei Tito para América Latina** (ADITAL), S.d. Disponível em: <http://www.adital.com.br/site/noticia_imp.asp?lang=PT&img=S&cod=62012>. Acesso: em 20 dez. 2014.

²⁵⁰⁷ Ibidem.

²⁵⁰⁸ LEPORI, A. **Témoignages**. S/d. Disponível em: <<http://www.droitsansfrontieres.ch/fr/soutien/>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

²⁵⁰⁹ Ibidem.

²⁵¹⁰ ENNEKING, 2014, p. 51.

²⁵¹¹ Ibidem, p. 51.

É preciso que o investimento não constitua um fim em si mesmo, mas um meio de conduzir a um desenvolvimento justo e duradouro²⁵¹². A condição reside no respeito aos direitos humanos e na estruturação de mecanismos eficientes para a responsabilização dos que, com os olhos voltados ao capital, esquecem-se dos povos injustiçados do resto do mundo e em favor dos quais poucas alternativas há. Uma nova racionalidade a serviço dos homens de carne e osso²⁵¹³ começa pelo reconhecimento das insuficiências do sistema e pela proposição de opções que permitam às vítimas de abusos o acesso a mecanismos comprometidos com a integridade do direito internacional, pois, se este admite que uma pessoa jurídica seja titular de direitos e possa demandá-los, será incoerente não admitir que seja titular de obrigações e demandado por elas²⁵¹⁴.

²⁵¹² AVELÃS NUNES, A. J. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Lisboa: Editorial Caminho, 2003, p. 122.

²⁵¹³ Expressão utilizada no título do Capítulo XI da obra de Avelãs Nunes (2003, p. 119).

²⁵¹⁴ DAVID, 2012, p. 138.

PARTE IV

DIREITOS HUMANOS E INVESTIMENTO ESTRANGEIRO: UMA APROXIMAÇÃO
NECESSÁRIA

CAPÍTULO I

PREMISSAS PARA A INTERAÇÃO ENTRE O REGIME DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO E OS DIREITOS HUMANOS

1 Uma visão sistêmica do direito internacional

Do quadro apresentado, em que se sobressai a ausência ou a insuficiência de diálogo entre o regime do investimento estrangeiro e os direitos humanos, é necessária uma abordagem para a aproximação dessas normas que considere as peculiaridades do atual Direito Internacional²⁵¹⁵. O problema suscita questões como a coerência da disciplina, pela complexidade, pela pluralidade dos regimes, pela coexistência de diferentes fontes, pela vigência de normas gerais e especiais e pela existência de vários tribunais e organizações internacionais, o que transmite uma imagem de fragmentação²⁵¹⁶. Esse contexto reclama do direito a ordenação do múltiplo²⁵¹⁷.

Nessa perspectiva, parte-se da necessidade de superar a aparência não relacional das normas do investimento estrangeiro e dos direitos humanos. A interação é possível a partir das próprias condições do direito internacional, com o estabelecimento de pontes sobre as fronteiras de cada regime. Para isso, é indispensável uma visão global do direito internacional nas relações entre o todo e suas partes, de modo que os efeitos da globalização possam ser equacionados conforme sua natureza, ou seja, globalmente²⁵¹⁸. Embora a especialização do conhecimento e a funcionalização dos regimes jurídicos tenham estabelecido uma tendência ao reducionismo interpretativo, a análise dispersa e isolada acarreta prejuízos à disciplina e aos valores que se destina a tutelar²⁵¹⁹.

Isso afeta tanto questões institucionais quanto normativas. Nas primeiras, há a necessidade de implantar um processo de integração estrutural das funções das agências, dos

²⁵¹⁵ DUARTE, 2014, p. 33-35.

²⁵¹⁶ Ibidem, p. 35.

²⁵¹⁷ AMARAL JR., A. do. El diálogo de las fuentes: fragmentación y coherencia en el derecho internacional contemporáneo. In: **Revista Española de Derecho Internacional**, v. LXII, p. 61-87, 2010.

²⁵¹⁸ ZORRINHO, Carlos. Prefácio. In: COSTA, Maria Alice Nunes [et al.]. **Responsabilidade Social: uma visão ibero-americana**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 11.

²⁵¹⁹ MORIN, E. **Ciência com consciência**. 4. ed. Trad. Maria D. Alexandre, Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996.

procedimentos de requerimento, de consultas, memorandos e da elaboração de políticas conjuntas entre as agências regulatórias²⁵²⁰, o que se deve à pluralidade das instituições supranacionais e ao fato de que desempenham um papel central na coordenação e no desenvolvimento de normas entre os Estados, por meio de recomendações, tratados, resoluções e outras medidas da ONU, da OCDE, da OMC, do BM e de outros²⁵²¹. Na óptica normativa, a solução para os eventuais conflitos entre regimes passa pela observância às normas gerais de direito internacional, que constituem “regras” sobre as demais regras²⁵²². Nesse aspecto, as obrigações de direitos humanos devem permear o sistema²⁵²³ como um elemento integrador. Desse modo, em conjunto, a estrutura e o repertório do direito internacional permitirão o alcance da ordem e da justiça.

No atual estágio de desenvolvimento do direito internacional, a perspectiva sistêmica, ao tornar viável a coerência, assegurará a respectiva eficiência²⁵²⁴. Essa visão²⁵²⁵ está centrada na concepção das normas como arranjadas em uma hierarquia, com uma ordem lógica e coerente²⁵²⁶. Embora seus opositores ofereçam uma óptica do direito internacional como tratados solitários pairando sobre a anarquia internacional²⁵²⁷, é a visão sistêmica que melhor permite aos julgadores interpretar e resolver conflitos, não só por meio dos tratados, mas dos princípios do sistema e das normas subjacentes²⁵²⁸.

Nessa perspectiva é possível encontrar soluções nas técnicas tradicionais do sistema legal²⁵²⁹. A primeira consiste em fazer com que regras que derivam de certos tipos de fontes prevaleçam sobre as que derivam de outras, com a máxima “lex superior derogat inferiori”. A segunda, em fazer com que as regras posteriores prevaleçam sobre as anteriores, pela máxima “lex posterior derogat priori”. A última consiste em considerar prevalente uma regra

²⁵²⁰ LUBBERS, Jeffrey S. *A Guide to Federal Agency Rulemaking*. 4. ed. Chicago: American Bar Association, 2006.

²⁵²¹ SIEBER, 2010, p. 11.

²⁵²² TRACHTMAN, 2011, p. 11. Embora se reconheça que no direito internacional a expressão “fonte formal” é imprópria, pois conduz à ideia da estrutura constitucional existente nos Estados, o que não ocorre na criação de normas no direito internacional, que conta apenas com o princípio de que o consenso geral dos estados, cria regras de aplicação geral (BROWLIE, 2003, p. 3). Tais normas correspondem ao oposto do direito internacional especial (*lex specialis*) que regula temas específicos (KAMMINGA; SCHEININ, 2009, p. 2).

²⁵²³ BENVENISTI, 2008, p. 393-405.

²⁵²⁴ AMARAL JR., 2010, p. 72.

²⁵²⁵ Desenvolveu-se no século XIX, na Alemanha, por estudiosos como Georg Friedrich von Martens, August Wilhelm Heffter e Johann Caspar Bluntschli, destacados pela racionalidade, coerência sistemática, lógica, fundamentação em princípios, precisão e clareza de conceitos (BENVENISTI, 2008, p. 393-405).

²⁵²⁶ *Ibidem*, p. 393-405.

²⁵²⁷ *Ibidem*, p. 393-405.

²⁵²⁸ *Ibidem*, p. 393-405.

²⁵²⁹ MICHAELS, R.; PAUWELYN, J. Conflict of Norms or Conflict of Laws?: Different Techniques in the Fragmentation of International Law. In: *Duke Journal of Comparative & International Law*, n. 22, p. 349-376, 2012.

específica sobre uma regra geral, ou seja, “lex specialis derogat generali”. Essas técnicas podem ser aplicadas ao direito internacional, porém, de modo diferente do direito interno²⁵³⁰. No direito internacional, a hierarquia das fontes não se encontra estabelecida nos mesmos moldes do direito interno e, muitas vezes, é difícil definir a data de criação de formulações como costume internacional e princípios gerais do direito internacional. Com isso, coexistem tratados multilaterais com tratados bilaterais, costumes regionais com outros costumes, e mesmo uma norma de direito internacional poderá ser considerada mais genérica tanto pela matéria que aborda quanto porque se vincula a um número maior de Estados²⁵³¹.

Mesmo na perspectiva sistêmica, coloca-se a questão sobre o modo adequado para alcançar a unidade e a coerência. Para alguns, a solução decorre da aplicação do art. 38 do Estatuto do TIJ, pois, no processo de elaboração do dispositivo, houve uma referência à aplicação das fontes em ordem sucessiva, o que levou à conclusão de que se buscava estabelecer uma hierarquia das fontes. Embora a expressão em “ordem sucessiva” tenha sido excluída²⁵³², há quem sustente uma estrutura hierárquica como caminho para a mediação entre as fontes do direito internacional. Nessa linha, as propostas são diversas, desde a adoção de uma constituição mundial, de uma supralegalidade internacional, da primazia da Carta da ONU e outras²⁵³³. Em comum, tais ideias pretendem que o direito internacional estabeleça uma paisagem normativa em ordem, reivindicam que se imponham marcos para assinalar limites que não se devem transpor²⁵³⁴. A reivindicação decorre da “dispersão”²⁵³⁵ que a dinâmica do mercado impõe ao direito internacional, acarretando uma “desordem” normativa, cujas características são a internacionalização, a descentralização e a privatização²⁵³⁶. Ou seja, são os efeitos da globalização que fundamentam as proposições voltadas à recomposição da paisagem do direito internacional²⁵³⁷.

Nesse sentido, avultam discussões em torno de um direito internacional *constitucional*²⁵³⁸. No geral, buscam um sistema universal de certas ideias sociais, políticas,

²⁵³⁰ AKEHURST, M. The Hierarchy of the Sources of International Law. **American University International Law Review**, v. 1, issue 2, p. 1-96, 1987. Disponível em: <bybil.oxfordjournals.org/content/47/1/273.full.pdf+html>. Acesso em: 21 out. 2013, p. 273.

²⁵³¹ Ibidem, p. 273.

²⁵³² Ficaram dúvidas sobre a razão da exclusão, que, para uns, deu-se porque a ideia estava errada, enquanto para outros, residiu na obviedade da ideia (Ibidem, p. 274).

²⁵³³ MACHADO, 2006, p. 132.

²⁵³⁴ DELMAS-MARTY, 2004, p. 3-5.

²⁵³⁵ Ibidem, p. 3-5.

²⁵³⁶ Ibidem, p. 44.

²⁵³⁷ Estas expressões tem constituído o termo “*du jour*”, e se tem visto um influxo de debates, provocado pela globalização sobre o que a constituição global deveria ser (SCHWOBEL, 2011, p. 1).

²⁵³⁸ MIRANDA, 2012, p. 26.

culturais, econômicas e legais²⁵³⁹. Assim, a ideia de unidade, para além da diversidade dos regimes jurídicos, projeta uma “constitucionalização” da ordem pública internacional sob a forma de uma “comunidade internacional organizada”²⁵⁴⁰. Essa perspectiva ampara-se entre os que se filiam a uma orientação universalista, voltada à defesa dos “direitos humanos fundamentais” em nível internacional e global, para os quais, se a globalização trouxe um déficit democrático estrutural, somente a constituição de uma “federação democrática mundial”, “a democracia cosmopolita”, poderia configurá-la conforme as necessidades atuais da humanidade²⁵⁴¹.

Os pontos críticos centram-se no fato de que não estão sendo consideradas as diferenças estruturais entre uma sociedade/comunidade internacional e especialmente em nível de organização coletiva, a ambiguidade quanto às tomadas de decisão, à organização dos interesses e a formação democrática da vontade²⁵⁴². Outros fatores devem ser analisados, pois, na perspectiva de uma constituição global, supera-se a ideia de que a constituição está limitada pelo conceito de Estado territorialmente delimitado e a de soberania é desligada do controle sobre um território. Passa-se a referir-se ao “autogoverno coletivo” de uma multidão que se constitui como “povo” e/ou “nação” soberana²⁵⁴³. Nessa linha, o constitucionalismo superaria uma vinculação histórica, fornecendo os instrumentos de uma integração normativa e institucional em nível transnacional, internacional e global, com fundamento de que a constituição não se dirige apenas à ordem jurídica, mas também à ordem política²⁵⁴⁴.

Para a corrente particularista, entretanto, entre Estado e democracia há um vínculo que não admite rupturas e, por isso, não acredita no futuro da democracia “para além” do quadro do Estado-nação. Para os adeptos dessa corrente, o povo, enquanto titular do poder político soberano, apenas emerge no contexto do Estado-nação²⁵⁴⁵. Assim, não existindo um “Estado mundial”, não fica claro quem substitui o Estado na qualidade de entidade política

²⁵³⁹ SCHWOBEL, C. E. J. **Global Constitutionalism in International Legal Perspective**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 2. Este processo é interpretado como a extensão do direito constitucional e dos princípios do estado de direito e da democracia, mediante o recurso a “constitucionalização”, cujo objetivo reside no estabelecimento do princípio da preservação e garantia da “paz no mundo” (QUEIROZ, 2011, p. 8).

²⁵⁴⁰ Ibidem, p. 24.

²⁵⁴¹ QUEIROZ, 2011, p. 58.

²⁵⁴² Ibidem, p. 287. Para Habermas (2012, p. 77-128), o aumento do poder das organizações internacionais enfraquece os procedimentos democráticos dos Estados, pois as funções destes são transferidas para a governação transnacional. Eis a razão pela qual defende a necessidade de alargar os procedimentos democráticos além das fronteiras do Estado.

²⁵⁴³ QUEIROZ, 2011, p. 37.

²⁵⁴⁴ Ibidem, p. 70.

²⁵⁴⁵ Ibidem, p. 61.

ordenadora²⁵⁴⁶. Não obstante, reconhecem que as capacidades reais do Estado, em particular de regulação e controle da economia, encontram-se hoje em refluxo, o que acarreta alterações no conceito de soberania²⁵⁴⁷.

Peters (2010) relaciona os argumentos críticos do paradigma constitucional no direito internacional, entre eles o de que o termo “constituição” seria impróprio. Ademais, o fenômeno poderia conduzir a um excesso de expectativas sedutoras. Outra questão é que padeceria de exagero e vagueza, sendo contraproducente postergar, em vez de encorajar, debates sobre problemas como a composição do Conselho de Segurança da ONU. Além disso, argumenta por uma visão antipluralista, com um viés unicivilizacional e europeu, do qual se desenvolveram as premissas do constitucionalismo. Outra objeção é de que transmite uma falsa necessidade e rigidez excessivamente apolítica ou que pretende ser acima da política quando o direito é também produto da atividade política²⁵⁴⁸.

De outro lado, a reconstrução do direito internacional sob o paradigma constitucional poderia ser uma estratégia para compensar a desconstitucionalização em nível interno²⁵⁴⁹. Também seria uma resposta aos que negam a existência do direito internacional pela ausência de mecanismos para garantir seu cumprimento. A proposta responderia a três desafios atuais do direito internacional: a fragmentação, com a promessa da unidade da ordem global, a pluralização, com a ideia de centralização, e a verticalização, com a ideia de unidade. As ambições em torno do constitucionalismo global podem ser retratadas de diversos modos²⁵⁵⁰, contudo, os principais pontos das propostas são: a limitação e a institucionalização do poder, o idealismo social, a associação a certa tradição política e a ausência de determinação quanto

²⁵⁴⁶ CANOTILHO, 2003, p. 288.

²⁵⁴⁷ QUEIROZ, 2011, p. 61.

²⁵⁴⁸ PETERS, A. The Constitutionalization of International Law: Conclusions. **EJIL: Talk!**, 28 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.ejiltalk.org/the-constitutionalization-of-international-law-conclusions/>>. Acesso em: 16 out. 2013.

²⁵⁴⁹ A globalização colocou o Estado e suas constituições sob tensão, já que os problemas globais os compeliram à cooperação na esfera das organizações internacionais e através de tratados bilaterais e multilaterais (Ibidem, p. 2).

²⁵⁵⁰ Para Schwobel (2011), podem-se identificar algumas categorias no debate. O constitucionalismo societal, com uma visão da esfera internacional como uma ordem de coexistência, com questões sobre participação, influência e *accountability* no centro dessas visões. O constitucionalismo institucional é centrado nos modos pelos quais o poder é alocado entre as instituições na esfera internacional, com diferenças entre aqueles que defendem ideias de governança global do constitucionalismo (Peters e Habermas), outros com ideias que ressaltam o direito da ONU como direito constitucional global (Fassbender) e ideias que sugerem o direito do comércio internacional e o direito da organização internacional do trabalho como direito constitucional global (Ernst-Ulrich Petersmann). Há ainda o constitucionalismo normativo, que engloba visões que se centram na existência de um sistema normativo comum de valores; alguns relacionando a um direito mundial, outros a uma hierarquia de normas e visões de normas fundamentais. Finalmente, há o constitucionalismo analógico, que se funda em meta-normas, alguns em ordens constitucionais internas ou no constitucionalismo europeu.

aos direitos individuais, o que pode conduzir a abordagens hegemônicas que colocam em causa o direito das minorias²⁵⁵¹.

Como adverte Walker (apud MARTINS, s.d.), é preciso cautela para não exagerar na ambição de qualquer dessas marcas de constitucionalismo global. Até porque revelam problemas, como a ausência de um poder constituinte, o fato de os mecanismos de garantia serem mais fracos do que os de direito interno²⁵⁵² e o problema de saber se a comunidade internacional pode concordar sobre certos valores comuns²⁵⁵³. Trata-se de questão cuja dificuldade constata-se nas discussões sobre direitos humanos, permeadas por grandes divergências ideológicas²⁵⁵⁴. Outro aspecto refere-se à questão da coerção, pois os “legisladores” internacionais não têm sempre o poder para impor sanções contra os que desobedecem as normas, porque os tratados baseiam-se no consentimento²⁵⁵⁵. As condições para uma ordem constitucional global são de difícil alcance, e muitos pontos das propostas, como quem seria o legislador da ordem mundial e a como se atenderiam as demandas sobre a democracia, permanecem em aberto²⁵⁵⁶. Mesmo assim, multiplicam-se as fórmulas que procuram captar os aspectos constitucionais da sociedade mundial²⁵⁵⁷.

De qualquer forma, a Carta da ONU dispõe que “em caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as suas obrigações, em virtude de qualquer outro acordo internacional, as primeiras prevalecerão”. A função principal das normas contidas na Carta em relação às de qualquer outro acordo é um

²⁵⁵¹ SCHWOBEL, 2011, p. 6.

²⁵⁵² MIRANDA, 2012, p. 27.

²⁵⁵³ BLUM, 2008, p. 337. Uma teoria da constituição mundial se depararia com conceitos como interculturalidade, pluriformidade, plurissubjetividade e pluriposicionalidade. LOUREIRO, J. C. ‘É Bom Morar no Azul’: A Constituição Mundial Revisitada. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, v. LXXXII, p. 189, 2006; ROCHA, C. L. A. Os Direitos de Cidadania no Brasil, no MERCOSUL e na Comunidade. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, Portugal-Brasil, ano 2000, Coimbra, 1999, p. 342.

²⁵⁵⁴ Mesmo no regime do investimento estrangeiro, não se obteve consenso sobre um Acordo Multilateral de Investimento (BLUM, 2008, p. 338). Para Klabbbers (2013), uma ordem constitucional global deve ser legítima e pluralista. Este pluralismo revela-se como: pluralismo político, de modo que a ordem constitucional global deve respeitar as diferentes perspectivas quanto ao que seja correto, além da mera tolerância; da diversidade dos atores, superando o foco estadocêntrico e acomodando outros atores, inclusive corporações; é preciso chegar a um consenso sobre sua própria hierarquia, pois a autoridade tem sido exercida em várias posições e em vários níveis; e deve estar relacionada ao pluralismo normativo, pois os indivíduos, os estados e outros atores relacionam-se em diferentes redes normativas.

²⁵⁵⁵ Mesmo com alguns mecanismos e formas de regulação da coerção, não há uma sistematização comparada ao direito interno (KANWAR, 2011). Ver: D’Amato (2008).

²⁵⁵⁶ KLABBERS, Ian (Org.). **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 44. Essas proposições estão longe de sugerir um estado mundial. Mesmo Habermas, e sua estrutura institucional multinível, admite o global para uma jurisdição mais limitada, restrita a questões de paz e de direitos humanos (WALKER, 2012).

²⁵⁵⁷ Fala-se em “pluralismo constitucional”, “constitucionalismo pós-nacional”, “constitucionalismo internacional”, “constitucionalização do direito internacional público” ou de “constitucionalização da governação internacional”, de “constituições desestadualizadas” ou de “realização da ideia constitucional sem constituição” (LOUREIRO, 2006, p. 184-185).

dos argumentos mais fortes a sustentar a hierarquia no direito internacional²⁵⁵⁸, ao sustentar a superioridade da Carta em relação aos tratados firmados por seus membros²⁵⁵⁹. No extremo, afirmam tratar-se da constituição da comunidade internacional, pois seus princípios e propósitos oferecem o pano de fundo para as regras internacionais, e os demais regimes devem ser compatíveis com ela²⁵⁶⁰.

Essa proposição está relacionada ao conceito de *global governance* atribuído à ONU, cuja premissa reside na aceitação de que a comunidade de Estados está envolvida em uma ordem constitucional centrada nas normas consagradas na respectiva carta e estrutura institucional²⁵⁶¹. Para os críticos, a carta é um tratado entre outros, e suas obrigações decorrem das fontes gerais do direito internacional, mesmo quando produzem impactos na interpretação²⁵⁶². Para a CDI, na hipótese de conflito entre as disposições da carta em relação às normas de *jus cogens*, o resultado será a invalidade das disposições da carta, pois não estão acima das normas de *jus cogens*²⁵⁶³.

Para alguns, a solução estaria na ampliação do conceito de *jus cogens*, ou simplesmente que certas matérias, como os direitos humanos, devem ter precedência sobre outras, como o direito econômico²⁵⁶⁴. Embora prepondere o entendimento de que não há uma hierarquia das fontes, reconhece-se algum nível de hierarquia normativa, com a noção de *jus cogens*, que se traduz em normas imperativas, às quais se subordinam as convenções internacionais²⁵⁶⁵. Apesar da dificuldade em definir as normas imperativas de direito internacional e precisar seu conteúdo²⁵⁶⁶, tem-se como ponto de partida a essencialidade dessas normas para a organização institucional e normativa da comunidade internacional, das relações entre os Estados e da salvaguarda dos interesses da comunidade internacional globalmente considerada e, ainda, sua fundamentalidade para a dignidade da pessoa

²⁵⁵⁸ Esse artigo decorreu de inspiração do art. 20 da Convenção da Sociedade das Nações que revogava obrigações e acordos incompatíveis com suas disposições (MOTĂȚĂIANU, 2009).

²⁵⁵⁹ DUPUY, 1993, p. 138.

²⁵⁶⁰ DRAGHICI, C. The development of self-contained regimes as an obstacle to UN global governance. In: HAPPOLD, M. (Ed.). **International Law in a Multipolar World**. London: Routledge, 2012. p. 283-302. Disponível em: <http://www.academia.edu/1825700/The_Development_of_Self-Contained_Regimes_as_an_Obstacle_to_UN_Global_Governance>. Acesso em: 29 out. 2013.

²⁵⁶¹ Ibidem, p. 285. Porém, um ponto relevante está na falta de qualquer noção de separação de poderes no contexto da ONU, porque o Conselho de Segurança é composto por representantes executivos e operam, na maioria dos casos, sem o respaldo da *accountability*, a que estariam sujeitos nos próprios sistemas nacionais (CRAWFORD, 2006, p. 325-482). Para Machado (2006, p. 256), a ONU não pode ser considerada como um governo mundial, pois não ocorreu qualquer transferência de soberania dos Estados.

²⁵⁶² CRAWFORD, 2006, p. 325-482.

²⁵⁶³ ONU, 2007, p. 181.

²⁵⁶⁴ TRACHTMAN, 2011, p. 9.

²⁵⁶⁵ MACHADO, 2006, p. 133.

²⁵⁶⁶ AKEHURST, 1987, p. 282.

humana²⁵⁶⁷. Com a Conferência de Viena, adveio o consenso de que as normas de *jus cogens* podem ser derivadas de tratados e/ou costumes, ou seja, em outras palavras, princípios de moralidade internacional que devem tomar a forma de normas convencionais ou consuetudinárias de direito internacional para que seja possível tornarem-se *jus cogens*²⁵⁶⁸. O princípio fundamental para seu reconhecimento deve ser o de que quanto mais alargada for a base de produção ou reconhecimento de uma norma internacional e mais fundamental for o interesse protegido por essa norma, mais elevado deve ser seu grau de vinculatividade²⁵⁶⁹.

Com isso, tem-se afirmado uma ordem pública internacional constituída por normas dispositivas e imperativas (*jus cogens*), devendo essas, por sua natureza e conteúdo, serem consideradas fundamentais²⁵⁷⁰. São indispensáveis para a existência da sociedade internacional e, por isso, imperiosas e absolutas. O direito internacional não pode desconhecê-las, pois ou elas se impõem ou a sociedade internacional desaparece²⁵⁷¹; representam um mínimo jurídico essencial e constituem o mais forte limite do ambiente em que os Estados vivem e desenvolvem suas atividades²⁵⁷².

Para alguns, a ideia de uma ordem pública internacional constitui uma nova página no direito internacional, em que o direito internacional privado, o direito internacional público e a ciência das relações internacionais compor-se-ão para criar uma colaboração entre as nações em vários aspectos no plano internacional²⁵⁷³. Entre os fundamentos está a erosão sofrida pela distinção entre direito internacional público e direito internacional privado, já que este deixou de ser há muito um direito para regular apenas as relações entre Estados, e o direito internacional privado não regula apenas relações privadas entre particulares²⁵⁷⁴. O direito internacional do investimento estrangeiro revela como contratos são celebrados entre Estados e multinacionais, com a escolha do direito aplicável associada à autonomia negocial, que, pela debilitação dos Estados, favorece o contratante privado. Também, a evolução do direito internacional privado tem sido conduzida em aproximação ao direito internacional público²⁵⁷⁵.

Todavia, não há um conceito preciso de ordem pública internacional, por sua relatividade, instabilidade e variabilidade no tempo e no espaço. Para alguns, trata-se de

²⁵⁶⁷ MACHADO, 2006, p. 134.

²⁵⁶⁸ AKEHURST, 1987, p. 283.

²⁵⁶⁹ MACHADO, 2006, p. 136.

²⁵⁷⁰ BRITO, 2014, p. 288.

²⁵⁷¹ SALCEDO, 1976, p. 259.

²⁵⁷² Ibidem, p. 259.

²⁵⁷³ DOLINGER, J. **A evolução da ordem pública no direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1979, p. XV.

²⁵⁷⁴ DUARTE, 2014, p. 38.

²⁵⁷⁵ Ibidem, p. 38.

conceito mais amplo do que o de *jus cogens*, não se limitando às leis imperativas, tampouco abrangendo necessariamente todas estas²⁵⁷⁶. Para esses, o conceito apresenta-se elástico, relativo, alterável, a depender da sensibilidade média de um grupo social em uma época²⁵⁷⁷. Embora não exista consenso sobre a ordem pública internacional, a noção parece adequada para a interação entre os diferentes regimes do direito internacional.

Há quem sustente que a aplicação do art. 38 do Estatuto do TIJ seria suficiente pela referência aos “princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas”, já que formulação similar pode ser encontrada nos instrumentos relativos ao funcionamento dos tribunais arbitrais²⁵⁷⁸. Apesar da ausência de consenso quanto ao significado dessa expressão que, de maneira geral, remete-se a princípios de justiça, são considerados aqueles aceitos no direito interno dos Estados²⁵⁷⁹. Assim, além dos princípios gerais de direito, os princípios gerais do direito internacional²⁵⁸⁰ poderiam fornecer os fundamentos para uma integração no direito internacional²⁵⁸¹. Com efeito, constitui uma fonte relevante quando se trata de decidir questões jurídicas para as quais não existem regras convencionais ou consuetudinárias suscetíveis de mobilização para a resolução da disputa internacional concreta, permitindo a integração de lacunas²⁵⁸².

Assim, a interpretação, em especial quanto às normas de *jus cogens* e à ordem pública internacional, desempenha um papel crucial na integração das normas do direito internacional e deve ser realizada com base na diplomacia, cuja função principal reside em evitar ou mitigar conflitos. A presunção é de que as partes, ao firmarem os tratados, não querem algo inconsistente ou incoerente com os princípios gerais de direito internacional²⁵⁸³. Trata-se do princípio da boa-fé, base das regras de interpretação e que consagra o respeito pela primazia do texto e pelo objeto e fim do tratado²⁵⁸⁴. Um dos corolários desse princípio consiste na chamada regra do efeito útil, pela qual “não pode dar-se aos tratados uma interpretação que anule seu efeito útil, pois não se pode admitir que ao estabelecer o acordo as partes não queiram aquilo que declaram querer”²⁵⁸⁵.

²⁵⁷⁶ DOLINGER, 1979, *cit.*, p. 10.

²⁵⁷⁷ *Ibidem*, p. 10.

²⁵⁷⁸ BROWLIE, I. **Principles of Public International Law**. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 16.

²⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 16.

²⁵⁸⁰ Sobre a distinção entre os princípios gerais do direito internacional público em especial e os princípios gerais do direito (em geral), ver Machado (2006, p. 124).

²⁵⁸¹ BROWLIE, 2003, p. 18.

²⁵⁸² MACHADO, 2006, p.121.

²⁵⁸³ ONU, 2007, p. 26.

²⁵⁸⁴ BRITO, 2014, p. 269.

²⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 270.

Logo, a solução passa pela harmonização, especialmente nas hipóteses em que o conflito não possa ser resolvido pelas técnicas tradicionais apontadas²⁵⁸⁶. Trata-se de reconhecer que a peculiaridade da questão contemporânea não se cinge apenas à escolha entre opções conflitantes, mas a harmonizar diferentes valores normativos. Até porque, para a escolha entre regras conflitantes, existem as máximas tradicionais, mas os interesses jurídicos internacionais estão relacionados à sociedade cotidiana e, nesse contexto, não devem ser eliminados dos fatores de decisão. Ao contrário das técnicas convencionais de resolução de conflitos, a interpretação dos tratados é uma “técnica de conflito para evitar” que permite a leitura dos textos dos tratados de maneira harmoniosa com outras normas²⁵⁸⁷.

No direito internacional privado, Jayme (1995, p. 246) sustentou que a pluralidade das fontes, própria da cultura pós-moderna, requer a coordenação das normas no interior do sistema jurídico. As ideias são adequadas para explicar interações entre as regras que compõem um subsistema específico e a totalidade das normas de direito internacional público²⁵⁸⁸. O diálogo das fontes é sugerido como um instrumento que facilita a comunicação dos subsistemas entre si e com as regras de direito internacional público. Esse diálogo tem lugar entre regras no mesmo nível hierárquico²⁵⁸⁹, baseia-se na coerência do direito internacional, de modo que o intérprete deve preferir a interpretação capaz de harmonizar o significado das normas se estiver diante de alternativas que tornem inevitável a colisão normativa²⁵⁹⁰. A presunção que evita o conflito seria uma aplicação detalhada dos princípios de interpretação dos tratados²⁵⁹¹.

Nessa linha, MacLachlan (2005) propõe que o art. 31 (3) (c) da Convenção de Viena expressa um princípio mais geral de interpretação dos tratados, o princípio da integração sistêmica do direito internacional. O fundamento é o de que os tratados são eles próprios criaturas do direito internacional e implicam em existir e operar enquanto parte do sistema do direito internacional. Sua aplicação permite articular duas presunções: negativas e positivas. Quanto às primeiras, de presumir que as partes, ao assumirem uma obrigação decorrente de tratado, pretendem não agir de modo inconsistente aos princípios reconhecidos pelo direito internacional ou com a tratados prévios com outros Estados. Quanto às últimas, significa que

²⁵⁸⁶ ONU, 2007, p. 28.

²⁵⁸⁷ HAGIWARA, K. **The Principle of Integration in Sustainable Development Through the Process of Treaty Interpretation: Addressing the Balance Between Consensual Constraints and Incorporation of Normative Environment**. 2013. Tese (doutorado) - University of Ottawa, Ottawa, 2013, p. 12.

²⁵⁸⁸ AMARAL JR., 2010, p. 72.

²⁵⁸⁹ *Ibidem*, p. 72.

²⁵⁹⁰ *Ibidem*, p. 73.

²⁵⁹¹ *Ibidem*, p. 73.

as partes são levadas a referir aos princípios do direito internacional geral para as questões que o tratado não resolve em termos expressos²⁵⁹².

A CDI sugere a integração sistêmica como técnica para evitar conflitos e determina aos intérpretes que levem em consideração qualquer norma relevante no direito internacional ao interpretar um tratado²⁵⁹³. O ambiente normativo consiste em um fator significativo para a solução da fragmentação, pois é considerado como o cenário do sistema²⁵⁹⁴. Daí a relevância de considerar o contexto das normas, ou seja, os nexos de interdependência parcial (das partes com as partes) e total (do todo com as partes). Os instrumentos normativos são interpretados na procura de unidade de sentido e coerência, minimizando contradições, reais ou aparentes, entre as disposições e procurando a inteligibilidade, a efetividade e a utilidade de cada uma delas²⁵⁹⁵.

Alguns estudos destacam a interpretação dos tratados como método adequado aos objetivos do desenvolvimento sustentável, afirmado como possível resposta para casos em que os regimes venham a conflitar²⁵⁹⁶. Com fundamento no caso *Hungary v. Slovakia*, em que o TIJ decidiu que a necessidade de reconciliar desenvolvimento econômico com a proteção do meio ambiente está expressa no conceito de desenvolvimento sustentável, reputando que tal conceito seria capaz de articular a demanda por harmonização entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental, defende-se que o desenvolvimento sustentável pode servir para harmonizar regimes normativos, pois envolve e expande os campos do direito internacional que precisam de integração²⁵⁹⁷. Tal princípio²⁵⁹⁸ aumentaria a capacidade do direito internacional em tornar-se um sistema coerente²⁵⁹⁹.

Orellana (2011, p. 3) exemplifica com a relação entre o regime do investimento estrangeiro e as normas ambientais, ao afirmar que, na perspectiva do desenvolvimento sustentável, requer-se a integração dessas questões na tomada de decisão sobre projetos de investimento, daí porque na resolução de disputas econômicas sobre saúde, direitos humanos

²⁵⁹² ONU, 2007, p. 19; MACLACHLAN, 2005, p. 311. Alguns sustentam tratar-se de uma norma constitucional no ordenamento jurídico internacional (KALDERIMIS, 2012).

²⁵⁹³ Ibidem, p. 6.

²⁵⁹⁴ Ibidem, p. 6.

²⁵⁹⁵ MACHADO, 2006, p. 341.

²⁵⁹⁶ HAGIWARA, 2013, p. 6.

²⁵⁹⁷ Ibidem, p. 6.

²⁵⁹⁸ Sobre a repercussão jurídico-constitucional do princípio: Canotilho (2010, p. 7-18).

²⁵⁹⁹ VOIGT, C. **Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009. Essa perspectiva passou a ser abordada com maior ênfase depois da Conferência do Rio de 1992.

e meio ambiente devem ser integrados. O desenvolvimento sustentável exige um diálogo normativo, tendo como princípio interpretativo a integração sistêmica.

Para a CDI, diante das possibilidades de conflitos de normas, não se pode olvidar que o direito internacional corresponde a um sistema e que suas regras e princípios agem em relação uns aos outros, devendo ser interpretados no contexto de outras regras e princípios²⁶⁰⁰. O direito internacional não se reduz a um conglomerado de normas avulsas, tampouco a uma série de disposições reguladoras destas ou daquelas situações ou relações, ou a um somatório de tratados, mas compreende regras e princípios, e apenas estes permitem integrá-las em um todo sistemático²⁶⁰¹, ultrapassar seu caráter fragmentário e, às vezes, conjuntural e submetê-las a critérios comuns de interpretação e aplicação²⁶⁰². Há, pois, mais fundações normativas no direito internacional do que regras apenas, constatação que advém de seu dinamismo e que implica na percepção de que as fontes do direito cobrem um largo espectro, com uma escala de força normativa, expressa sob várias formas por considerações políticas, de *soft law*, princípios, costumes e tratados²⁶⁰³.

Há quem se contraponha à abertura interpretativa do direito internacional por entender que a integração sistêmica carece de um fundamento teórico positivista e que se centra nas preferências de valor de uma elite acadêmica²⁶⁰⁴. Para Kammerhofer (2012, p. 5), não é nada mais do que conferir poderes legislativos aos que não foram autorizados pelo direito a elaborá-lo. Para ele, o efeito de abertura pretende permitir aos acadêmicos que encontrem uma “resposta certa” para situações de conflitos normativos entre regimes ou preencher lacunas pela importação de normas, arrogando-se a competência para elaborar normas sob a alegação de interpretá-las. Desierto (2012, p. 230) também expõe o receio de que o princípio da integração sistêmica desencadeie práticas de interpretação expansivas e ilegítimas. Por isso, no extremo, há quem afirme que a fragmentação pode ser reinterpretada como especialização, de modo que os especialistas dos regimes do direito internacional prossigam sem atrelar-se a princípios gerais do direito internacional²⁶⁰⁵.

²⁶⁰⁰ ONU, 2007, p. 243.

²⁶⁰¹ Sobre os princípios: Voigt (2008).

²⁶⁰² MIRANDA, 2012, p. 114. Sobre a diferença entre regras e princípios: Dworkin (2005).

²⁶⁰³ Ibidem, p. 4.

²⁶⁰⁴ KAMMERHOFER, J. Law-Making by Scholarship? The Dark Side of 21st Century International Legal Methodology. In: CRAWFORD, J.; NOUWEN, S. (Eds.) **Select Proceedings of the European Society of International Law**: Third volume: International Law 1989-2010: A performance Appraisal. Cambridge: Hart, 2012. Disponível em: <http://www.esil-en.law.cam.ac.uk/Media/Draft_Papers/Agora/Kammerhofer.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2013.

²⁶⁰⁵ WALDE apud KALDERIMIS, 2012, p. 6.

Entretanto, se é evidente que os princípios não são uma panaceia universal porque devem operar ao lado de um conjunto amplo de técnicas de solução de conflitos, é inegável que a integração sistêmica oferece uma perspectiva com melhores condições de alcançar a coerência dentro e entre as áreas do direito internacional e que fornece ao intérprete uma chave mestra que permite, em nível prático, contribuir com a tarefa de encontrar a acomodação entre valores conflitantes na sociedade internacional²⁶⁰⁶.

O que as diversas linhas demonstram é a tentativa de solucionar a questão da fragmentação com um pensamento voltado a certo tipo de hierarquia, associada à tradição do constitucionalismo estatal e a sua linguagem²⁶⁰⁷. Assim, uma corte na Suíça que proclame a proibição da tortura e que trate de matéria de *jus cogens* pode não ter a pretensão de ser constitucional, mas não poderia alcançar esse julgamento sem os esforços sobre a criação, promulgação do conceito de *jus cogens*²⁶⁰⁸. Portanto, existem elementos que sugerem uma hierarquia normativa, com a ideia de *jus cogens*, a vinculação ao direito internacional geral e a valores e princípios.

Todavia, mais do que procurar encontrar nesse ou naquele documento, a existência de hierarquia de normas internacionais deve respaldar-se em fundamentos de legitimidade, como direito, justiça, dignidade da pessoa humana, que a consciência axiológica da comunidade internacional considera acima do consentimento dos Estados, pelo que devem ser considerados imperativos²⁶⁰⁹. Os valores compartilhados pela sociedade internacional demonstram que a disciplina possui elementos integradores. Não é necessária uma fórmula desconhecida, senão voltar os olhos para a noção de sistema. Nesse aspecto, a referência à pessoa humana é fundamental, pois nela se baseia o único fundamento possível da ordem internacional²⁶¹⁰ e o ponto de intersecção entre os regimes do direito internacional.

2 A correção da miopia do direito internacional do investimento estrangeiro

Partindo-se da perspectiva sistêmica do direito internacional e analisadas as peculiaridades do regime do investimento estrangeiro, pode-se identificar, desde logo, o

²⁶⁰⁶ MACLACHLAN, C. The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention. In: **International Comparative Law Quarterly**, v. 54, p. 318-319, abr. 2005.

²⁶⁰⁷ WALKER, 2012.

²⁶⁰⁸ KLABBERS, 2011, p. 11.

²⁶⁰⁹ MACHADO, 2006, p. 133.

²⁶¹⁰ SALCEDO, 1976, p. 284-285.

respectivo distanciamento com o direito internacional como um todo e, em particular, com os direitos humanos, pelo que sobressai a imprescindibilidade de estabelecer pontos de interação entre esses campos.

Uma metodologia voltada a esse objetivo parte da referência à pessoa humana como centro do sistema moral²⁶¹¹. Desde a DUDH e as convenções internacionais, os direitos humanos passaram a constituir reivindicações legais, pelas quais os seres humanos tornam-se sujeitos em vez de objetos do sistema²⁶¹². Não obstante, no direito internacional econômico e nas normas sobre investimento estrangeiro, é uma abordagem distinta que fundamenta o sistema moral. Tem-se uma perspectiva utilitarista a justificar tais normas²⁶¹³.

Ao comparar os sistemas morais subjacentes aos direitos humanos e ao direito internacional econômico, pode-se identificar que enquanto o primeiro funda-se em uma teoria de justiça que enfatiza as regras de ação, o utilitarismo é uma teoria que determina a moralidade dos atos de acordo com as consequências para sua utilidade agregada²⁶¹⁴. O utilitarismo preocupa-se com a soma líquida de utilidade em oposição à abordagem dos direitos humanos que dá prioridade a certas necessidades básicas de cada pessoa. Assim, as normas de direito internacional econômico são justificadas em níveis de eficiência, não discriminação e aumento do bem-estar agregado por meio das trocas econômicas. Contudo, seus efeitos distributivos, em termos de atendimento às necessidades básicas de cada indivíduo, são difíceis de determinar²⁶¹⁵. Essa divergência de fundamentação moral acarreta o distanciamento do regime do investimento estrangeiro do eixo que faz referência à pessoa humana como fundamento da ordem internacional²⁶¹⁶.

Entretanto, pelas características do investimento estrangeiro direto, que demanda um envolvimento maior do investidor na economia e no tecido social do Estado receptor²⁶¹⁷, as relações com os direitos humanos são inafastáveis. Não apenas com os produtos, mas, com o produtor e o processo de produção atravessando fronteiras, o Estado receptor pode sofrer prejuízos ambientais, deslocalizações, exploração de mão de obra e vários impactos maiores²⁶¹⁸. Como resultado, a matéria exige e justifica uma ampla regulamentação pelo país

²⁶¹¹ HARRISON, 2007, p. 20.

²⁶¹² *Ibidem*, p. 20.

²⁶¹³ *Ibidem*, p. 21.

²⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 21.

²⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 21.

²⁶¹⁶ SALCEDO, 1976, p. 285.

²⁶¹⁷ DIMASCIO, N. e PAUWELYN, J. Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: world's apart or two sides of the same coin? In: **American Journal of International Law**, v. 102, p. 48-89, 2008.

²⁶¹⁸ *Ibidem*, p. 57.

receptor²⁶¹⁹ e uma abordagem voltada à proteção dos direitos humanos²⁶²⁰. Com inúmeros direitos civis e políticos, bem como econômicos, sociais e culturais potencialmente impactados pelo investimento estrangeiro²⁶²¹, uma visão sistêmica demanda uma concepção que permita considerar os direitos humanos dentro do regime do investimento estrangeiro, particularmente em relação a Estados com distintos níveis de desenvolvimento econômico²⁶²².

Do ponto de vista normativo, embora os regimes do investimento estrangeiro e dos direitos humanos se tenham originado no mesmo conjunto de circunstâncias históricas²⁶²³, as organizações incumbidas de tratar dessas questões estabeleceram-se em quadros institucionais separados, o que conduziu a regimes isolados²⁶²⁴. Por isso, o regime do investimento estrangeiro, por um bom tempo, pareceu uma matéria técnica relacionada aos economistas e às análises econômicas, cuja complexidade colocava-o além do âmbito de análise da maioria dos juristas, com seu quadro dominado por poucos²⁶²⁵. Isso fez com que, inicialmente, fosse considerado parte da esfera privada em vez da pública, já que envolvia como um dos sujeitos atores privados, cujas relações davam-se além das fronteiras estatais, de modo que pareciam alheios ao conceito de soberania que dominava o direito internacional público²⁶²⁶.

As discussões sobre a necessidade de ter em conta a interação entre os regimes são relativamente recentes. Um grande número de juristas de direitos humanos começou a perceber a importância do investimento estrangeiro para a proteção e promoção destes direitos, embora a premissa não seja necessariamente verdadeira, se analisada ao contrário²⁶²⁷. Ainda há os que consideram que os direitos humanos são impermeáveis ao direito internacional econômico, ao sustentar que considerações alheias a este regime tornariam muito mais difícil o consenso entre os negociadores dos tratados e reduziriam as chances de ampliação dos compromissos de liberalização dos mercados²⁶²⁸. Contudo, as normas de direito internacional econômico somente são legítimas na medida em que promovam justiça em relação ao objetivo central do sistema e da comunidade internacional²⁶²⁹. Mais do que

²⁶¹⁹ Ibidem, p. 58.

²⁶²⁰ HARRISON, 2007, p. 29.

²⁶²¹ Ibidem, p. 29.

²⁶²² Ibidem, p. 32.

²⁶²³ Importa ter presente que a Carta da ONU, a DUDH e a CEDH são praticamente contemporâneas à celebração dos acordos de Bretton Woods e do GATT (MACHADO, 2006, p. 444).

²⁶²⁴ HARRISON, 2007, p. 34.

²⁶²⁵ Ibidem, p. 34.

²⁶²⁶ Ibidem, p. 34.

²⁶²⁷ Ibidem, p. 36.

²⁶²⁸ Ibidem, p. 36.

²⁶²⁹ Ibidem, p. 37.

isso, os méritos e os deméritos do direito internacional econômico devem ser aferidos tendo por medida os direitos humanos²⁶³⁰.

Daí porque o direito internacional econômico passou a ser criticado sob argumentos de que as políticas de abertura, sozinhas, não são uma panaceia para um crescimento econômico equitativo, e que uma metodologia baseada nos direitos humanos centra-se em questões sociais que não são facilmente identificadas na perspectiva dos modelos de bem-estar econômico, de que o sistema atual não é um sistema econômico ótimo e que recorrer à abertura apenas como princípio amplo é um equívoco, de que é questionável se, mesmo com o funcionamento ótimo dos mercados abertos, isso acarretará uma proteção ótima dos direitos humanos e, ainda, se uma abordagem implícita de direitos humanos é mais propensa a produzir um “mercado amigável” do que a concepção holística dos direitos humanos²⁶³¹.

Diante das críticas e dos potenciais benefícios do investimento estrangeiro na promoção dos direitos humanos, o discurso ganhou força. Além disso, as discussões sobre o desenvolvimento sustentável²⁶³² fizeram com que muitos países se atentassem aos respectivos fluxos de investimento e ao potencial de aumentar seus efeitos positivos²⁶³³. Nesse cenário, os países em desenvolvimento passaram a ter maior atenção e a manifestar o desejo de regular mais seus fluxos de investimento²⁶³⁴.

A mudança de foco não é apenas consequência da desilusão que muitos experimentaram pelos poucos benefícios decorrentes da liberalização de seus regimes de investimento durante os anos 1980 e 1990, mas também resultado de um sucesso econômico de países emergentes que não implantam todas as recomendações para liberalização. Ademais, percebeu-se que a coerência dos acordos de investimento também tem um importante papel a desempenhar à luz de novos riscos sistêmicos, como finanças e riscos climáticos globais, e aumentou a interligação entre diferentes áreas da política²⁶³⁵.

Assim, o papel e o conteúdo dos acordos de investimento passaram a ser objeto de reflexões. Tais acordos representavam mecanismos de proteção aos investimentos das empresas ocidentais em países politicamente instáveis e, durante a descolonização e o debate em torno da NOEI, visavam preencher lacunas decorrentes da falta de confiança dos

²⁶³⁰ MACHADO, 2006, p. 445.

²⁶³¹ HARRISON, 2007, p. 48.

²⁶³² BOYLE, A.; FREESTONE, D. (Eds.). **International Law and Sustainable Development: past achievements and future challenges**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 1.

²⁶³³ BERGER, A.; HARTEN, J. What opportunities do the new EU international investment agreements offer for developing countries? **Briefing Paper**, Deutsches Institut für Entwicklungspolitik, Bonn, dez. 2012. Disponível em: <http://www.die-gdi.de/uploads/media/BP_12.2012.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2015.

²⁶³⁴ BERGER; HARTEN, 2012, p. 2.

²⁶³⁵ *Ibidem*, p. 2.

investidores no direito consuetudinário²⁶³⁶. Do ponto de vista normativo, o regime foi estabelecido para atender exclusivamente aos interesses dos investidores.

A premissa para a correção da miopia do regime do investimento estrangeiro parte do alinhamento normativo, ao que, no âmbito moral, já é reconhecido sobre a centralidade da pessoa humana e sua dignidade. Não é por outra razão que, no seio da comunidade internacional, ideias como “não se trata de um investimento se está destruindo o planeta”²⁶³⁷ têm alcançado grande repercussão. Reivindica-se que os investimentos deixem de ser vistos como fins em si mesmos e passem a ser vistos como instrumento para promoção e proteção de direitos humanos e do meio ambiente²⁶³⁸. O que se propõe é que o direito internacional do investimento estrangeiro seja reestruturado e reinterpretado sob um contexto mais amplo de valores e princípios, dos quais não poderá desvincular-se, sob pena de contrariar a lógica estruturante da ordem internacional. Daí porque a maioria dos acordos de investimento, com enfoque unilateral, são inadequados ao atendimento dessas premissas²⁶³⁹.

Algumas medidas têm sido adotadas para inserir considerações de ordem pública no direito internacional do investimento estrangeiro. Uma abordagem voltada aos direitos humanos pressupõe a imposição de deveres mais amplos aos investidores, porque se centra na garantia de que ninguém perca com o processo de liberalização de modo a afetar a dignidade humana fundamental²⁶⁴⁰. O mero alcance do bem-estar geral não é necessariamente sinônimo de promoção e proteção dos direitos humanos, porque o ganho líquido global de bem-estar por meio de políticas de liberalização não equivale ao cumprimento das normas de direitos humanos²⁶⁴¹. Eis a razão pela qual uma abordagem centrada nos direitos humanos deve ser a garantia de que a dignidade de todos é considerada, em particular das comunidades mais prejudicadas e dos indivíduos cujos direitos são mais propensos a serem violados pela globalização²⁶⁴².

Os novos modelos de tratados de investimento, expressando o reconhecimento de que os direitos humanos constituem parte inseparável do investimento estrangeiro, têm incorporado novas disposições. Entre as contribuições, a mudança institucional da política

²⁶³⁶ Ibidem, p. 2.

²⁶³⁷ Frase atribuída à ambientalista Vandana Shiva em manifestação contra a multinacional Monsanto.

²⁶³⁸ Em vista da promessa de crescimento contínuo e substituíbilidade infinita de recursos escassos, os economistas influenciaram os processos políticos e econômicos da humanidade em desacordo com a ideia de um relacionamento resiliente e sustentável entre a humanidade e o resto da natureza (HOWELL, s.d.).

²⁶³⁹ BERGER; HARTEN, 2012, p. 2

²⁶⁴⁰ HARRISON, 2007, p. 45.

²⁶⁴¹ Ibidem, p. 45.

²⁶⁴² Ibidem, p. 45.

comercial comum na UE²⁶⁴³ forneceu um novo ponto de partida para os futuros acordos de investimento a serem elaborados de modo direcionado ao desenvolvimento sustentável²⁶⁴⁴. Como a UE é um dos atores centrais do sistema global de investimentos e qualquer futuro acordo negociado em seu nome ou por um Estado-membro deve observar a exigência do art. 21 do Tratado da União, a tendência é que se acentuem as mudanças nas disposições sobre investimentos estrangeiros. Segundo o dispositivo, exige-se que as ações externas da UE incentivem o desenvolvimento sustentável nos países em desenvolvimento com o objetivo de reduzir a pobreza²⁶⁴⁵. Para Moreira (2014, p. 239-240), a UE tem uma responsabilidade especial em fazer valer os direitos humanos porque sendo, como é, a maior economia mundial, pode utilizar desse poder econômico e comercial não somente para promover interesses econômicos e comerciais, mas também os valores políticos da UE. Afirma que, além de responsabilidade política, a União tem “incumbência constitucional” no sentido de contribuir para o desenvolvimento sustentável e para uma globalização justa, no sentido da construção de uma “economia social de mercado à escala mundial”.

Os EUA também têm negociado um modelo de tratado de investimento diferente dos tradicionais, influenciados por sua experiência no NAFTA, e têm demonstrado não tender a opções de absoluta abertura e garantia aos investidores, pelo contrário, têm inserido medidas de proteção ao interesse público²⁶⁴⁶. Na mesma linha, tratados firmados pela China e pelo Canadá, nos últimos anos, têm sugerido uma nova geração de tratados bilaterais, influenciados também pela pressão das ONGs, para as quais tais tratados constituem uma ameaça ao poder regulatório dos Estados²⁶⁴⁷.

Vários países têm revisto seus modelos de acordo de investimento para alinhá-los às recentes reflexões. Quanto às disposições substantivas, tem-se verificado a ascensão de cláusulas voltadas ao desenvolvimento sustentável²⁶⁴⁸. Segundo a UNCTAD, uma revisão de treze acordos de investimento concluídos em 2014 mostra que a maioria inclui características voltadas ao desenvolvimento sustentável. Desses acordos, onze têm exceções gerais às garantias aos investidores, como a proteção à vida e à saúde humana, animal ou vegetal, ou a

²⁶⁴³ Sobre a inserção da cláusula de direitos humanos nas políticas de ação externa da EU: Moreira (2014, p. 189 e ss.).

²⁶⁴⁴ BERGER; HARTEN, 2012, p. 2.

²⁶⁴⁵ Ibidem, p. 2.

²⁶⁴⁶ ALVAREZ, 2011, p. 152.

²⁶⁴⁷ Ibidem, p. 158.

²⁶⁴⁸ UNCTAD. Recent Trends in IIAS and ISDS. **IIA Issues Note**, n. 1, 2015. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf>. Acesso em 30 mar. 2015.

conservação de recursos naturais esgotáveis²⁶⁴⁹. Outros contêm uma cláusula que reconhece que as partes não devem baixar os padrões de saúde, segurança ou normas ambientais para atrair investimento. E, ainda, nove tratados referem-se à proteção da saúde e segurança, dos direitos trabalhistas, do ambiente ou do desenvolvimento sustentável no preâmbulo²⁶⁵⁰.

Essas características têm sido complementadas por elementos que visam preservar o espaço regulatório para as políticas públicas dos países receptores dos investimentos e/ou minimizar a exposição à arbitragem de investimento²⁶⁵¹. Entre as disposições estão cláusulas que limitam o âmbito do tratado (por exclusão de certos tipos de ativos da definição de investimento), que esclarecem as obrigações (com cláusulas detalhadas sobre o tratamento justo e equitativo e/ou desapropriação indireta), contêm exceções para transferência de fundos de obrigações de medidas prudenciais e limitam as disposições dos tratados sujeitas a disputas arbitrais, excluindo determinados domínios políticos da arbitragem de investimentos²⁶⁵².

Entre as medidas textuais para o alinhamento dos regimes está a inclusão nos modelos de tratados de investimento de disposições expressas de direitos humanos. Para Jacob (2010, p. 33), o ideal seria que isso se desse com a negociação e a conclusão de novos tratados. Porém, as negociações demoram, e os tratados permanecem em vigor por um período longo e, ao final, continuam vigorando até que sejam denunciados por uma das partes e que tenha passado o período de aviso subsequente. Assim, mesmo com o encerramento do tratado, os investimentos anteriores continuariam a beneficiar-se de suas disposições.

Por isso, outra possibilidade seria uma revisão dos tratados bilaterais existentes e o exame de quais cláusulas conflitam com a capacidade de os Estados receptores cumprirem suas obrigações de direitos humanos²⁶⁵³. Entre as dificuldades está o grande número de tratados em vigor, o que tornaria o processo lento e dificultoso²⁶⁵⁴. Jacob (2010, p. 33-34) salienta que mesmo sendo tecnicamente possível a modificação, os investidores ainda teriam o direito de invocar as disposições do tratado, enquanto este permanecer em vigor. Mesmo assim, segundo a UNCTAD, pelo menos 45 países e quatro organizações de integração regional estão revendo ou reviram seus modelos²⁶⁵⁵.

²⁶⁴⁹ Ibidem.

²⁶⁵⁰ Ibidem.

²⁶⁵¹ Ibidem.

²⁶⁵² Ibidem.

²⁶⁵³ DE SCHUTTER, 2005, p. 436.

²⁶⁵⁴ MAUPIN, 2014, p. 424.

²⁶⁵⁵ UNCTAD, 2015.

As modificações podem ser feitas logo no preâmbulo dos tratados, reafirmando o compromisso com o direito internacional público e declarando que não se pretende estabelecer um regime jurídico isolado, bem como reconhecendo outras normas e valores do direito internacional²⁶⁵⁶. O modelo sugerido pelo IIDS refere à intenção das partes na promoção do desenvolvimento sustentável e afirma princípios da transparência, *accountability* e legitimidade dos participantes no processo de investimento estrangeiro²⁶⁵⁷.

A responsabilidade compartilhada em relação ao desenvolvimento humano está afirmada na Declaração do Milênio da ONU, confirmando que os Estados-partes de tratados de direitos humanos têm obrigações que vão além de seus territórios e afirma a resolução de criar um ambiente local e global que leve ao desenvolvimento e à eliminação da pobreza²⁶⁵⁸. O acréscimo de objetivos políticos mais amplos no preâmbulo, ainda que suas disposições não sejam vinculantes, são valiosos para a interpretação do tratado e ajudam a decifrar seu objeto e propósito²⁶⁵⁹.

Quanto ao âmbito de aplicação do tratado, sugere-se que a definição de investimento deve explicitar apenas aquele realizado em conformidade com as normas internas que regem os investimentos²⁶⁶⁰. E, ainda, que os investimentos indiretos devem ser excluídos do âmbito de proteção²⁶⁶¹. A proposta do IIDS dispõe que “O objetivo do presente acordo é o de promover o investimento estrangeiro favorável ao desenvolvimento sustentável, em especial nos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos” e exclui os investimentos indiretos.

Quanto às normas sobre desapropriação, em vez de priorizar as disposições sobre o cálculo da indenização, devem ser especificadas as hipóteses em que as medidas regulatórias não discriminatórias, criadas para a proteção dos direitos humanos e objetivos de interesses públicos, não constituem desapropriação indireta²⁶⁶². Quanto aos padrões de tratamento, deve haver uma explicação clara do que se entende por cada padrão, para garantir a segurança jurídica, principalmente quanto ao tratamento justo e equitativo²⁶⁶³.

Há quem proponha uma cláusula geral de exceção que busque preservar o direito de os Estados regularem áreas vitais, reforçando o compromisso com os direitos humanos e

²⁶⁵⁶ JACOB, 2010, p. 34.

²⁶⁵⁷ MANN, H.; MOLTKE, K. van; PETERSON, L. E.; COSBEY, A. **IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development**. IISD, abr. 2005. Disponível em: <https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2015.

²⁶⁵⁸ DE SCHUTTER, 2005, p. 438.

²⁶⁵⁹ SHEFFER, M. W. Bilateral investment treaties: a friend or foe to human rights? In: **Denver Journal of International Law and Policy**, v. 39, n. 3, p.483-522, jun. 2011.

²⁶⁶⁰ JACOB, 2010, p. 34.

²⁶⁶¹ Ibidem, p. 34.

²⁶⁶² Ibidem, p. 35.

²⁶⁶³ Ibidem, p. 35.

interesses relacionados²⁶⁶⁴. Sheffer (2011, p. 17) propõe que os Estados incluam em seus tratados uma linguagem que reafirme a soberania estatal, pois as disposições que reconhecem os direitos humanos são raras no preâmbulo e inexistentes em disposições substantivas; dessa forma, cada parte deve esforçar-se para garantir que não renuncia ou de qualquer forma derroga tais normas de modo a enfraquecer ou reduzir a proteção outorgada por elas como um incentivo para obtenção, expansão ou retenção de investimento em seu território.

Um ponto polêmico reside na questão de saber se os tratados bilaterais devem incluir obrigações aos investidores ou responsabilidades dos Estados de origem²⁶⁶⁵. Jacob (2010, p. 36-37) salienta que embora compreenda a necessidade de proteção aos direitos humanos, receia que tais disposições acarretem riscos de condução dos negócios para fora do sistema do direito internacional público e para os reinos ainda menos transparentes, responsáveis e legítimos, da regulação privada e dos meios de solução de litígios não jurídicos. A proposta do IIDS traz obrigações aos investidores, bem como obrigações e direitos dos Estados receptores e de origem. Portanto, consagra uma solução para o equilíbrio, com proteção aos direitos humanos e a outros valores relevantes às necessidades atuais.

Apesar disso, caso as modificações no texto dos tratados de investimento não sejam adotadas por dificuldades de ordem política e econômica, entende-se que deverão, ao menos, conter uma disposição como a do art. 40 do modelo canadense (2004), que prevê que os tribunais devem decidir “em conformidade com o presente acordo e regras aplicáveis de direito internacional”²⁶⁶⁶. Com isso, como os direitos humanos são parte do direito internacional, suas considerações estarão asseguradas, e os tribunais arbitrais não poderão furtar-se a dar cumprimento a suas disposições. Todavia, como a maioria dos tratados não contém disposições nesse sentido, entende-se que o recurso disponível para superar tal limitação é a interpretação.

A visão dos tratados de investimento como criaturas do direito internacional impõe sua interpretação com base nos princípios deste ramo do direito, o que permite assegurar o espaço aos direitos humanos. Em última análise, a presunção de conformidade com o direito internacional, relativa à ideia de que as partes não pretendem que seus acordos violem as normas existentes do direito internacional, consistirá no fundamento para a consideração das normas de direitos humanos. Por essa presunção, não se admite a renúncia tácita às normas de proteção aos direitos humanos reconhecidas pelo direito consuetudinário internacional e,

²⁶⁶⁴ Ibidem, p. 35.

²⁶⁶⁵ JACOB, 2010, p. 36.

²⁶⁶⁶ Ibidem, p. 27.

essencialmente, conduz à presunção de que as diferentes áreas do direito internacional devem ser lidas em coerência umas com as outras²⁶⁶⁷. Trata-se atender ao art. 31, (3), (c) da Convenção de Viena, para o qual qualquer norma relevante de direito internacional aplicável à relação entre as partes deve ser considerada no contexto de interpretação do tratado²⁶⁶⁸.

Apesar das técnicas interpretativas que proporcionam uma visão não dual dos regimes, na prática, os tribunais arbitrais hesitam em tratar a questão nessa dimensão e preferem não admitir argumentos de direitos humanos, com base em fundamentos procedimentais²⁶⁶⁹. Essa posição foi um fator relevante a sustentar as aspirações de modificação do regime do investimento estrangeiro; já que, no plano interpretativo, há uma resistência por grande parte dos árbitros quanto à adoção de uma visão sistêmica do direito internacional, os apelos passaram a ser em direção a modificações normativas.

De todo modo, os argumentos de direitos humanos em disputas de investimento caracterizam uma tendência crescente e irreversível. Como sua eficácia ainda não está garantida, há muito para apoiar a visão de que as obrigações externas aos tratados de investimento são relevantes para as arbitragens de investimento, mesmo na ausência de redação expressa. A lógica fundamental é a de que os tratados não são criados em um vácuo, mas no sistema do direito internacional público²⁶⁷⁰.

Algumas posições dos tribunais arbitrais quanto ao tema são descontextualizadas e preocupantes. Se a proteção aos direitos humanos conduz a medidas positivas por parte dos Estados, a falha dos tribunais de investimento em considerar essas obrigações pode prejudicar a capacidade do Estado em dar cumprimento às obrigações de direitos humanos, gerando prejuízos incalculáveis²⁶⁷¹. Além disso, o grande número de disputas investidor-Estado ao longo da última década mostra que, do modo como constam, as disposições nos tratados de investimento, formuladas vagamente, conferem aos tribunais arbitrais um amplo poder de interpretação²⁶⁷². Por isso, houve a necessidade de especificação dos padrões de investimento, a fim de evitar que regulações de interesse público pudessem ser interpretadas como medidas expropriatórias²⁶⁷³.

Embora, como se afirmou, a harmonização das normas de investimento com os direitos humanos seja possível, mesmo que os tratados bilaterais não possuam disposições

²⁶⁶⁷ *Ibidem*, p. 28.

²⁶⁶⁸ *Ibidem*, p. 29.

²⁶⁶⁹ *Ibidem*, p. 29-30.

²⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 31.

²⁶⁷¹ SIMMA; KILL, 2009, p. 679.

²⁶⁷² BERGER; HARTEN, 2012, p. 2.

²⁶⁷³ *Ibidem*, p. 2.

expressas²⁶⁷⁴, a adoção de uma abordagem explícita para a correção da miopia do regime do investimento estrangeiro pode servir para evitar divergências interpretativas e maiores prejuízos aos direitos humanos.

É preciso que se tenha em vista que não se propõe a extinção do regime do investimento estrangeiro, mas sua compatibilização com o direito internacional como um todo, até porque os investimentos, quando realizados de modo justo, têm o condão de promover e proteger os direitos humanos. E a lógica reversa é verdadeira, pois os países em que os direitos humanos são respeitados também são mais propensos a respeitar normas de proteção ao investidor estrangeiro²⁶⁷⁵. Por isso, uma abordagem explícita de direitos humanos sobre o direito internacional econômico pode aperfeiçoar o funcionamento dos regimes daí decorrentes²⁶⁷⁶.

Para tanto, também os aspectos procedimentais da arbitragem de investimentos devem ser considerados²⁶⁷⁷. Há um consenso de que os mecanismos de solução de controvérsias entre investidor e Estado precisam ser reformados para funcionar com vistas ao desenvolvimento sustentável²⁶⁷⁸. Entre as propostas está a ampliação da participação do *amicus curiae*, para trazer uma perspectiva mais ampla, quando nem investidor nem Estado pretendem invocar questões de direitos humanos²⁶⁷⁹. A participação de observadores sem interesse direto no caso pode dar uma contribuição ao tribunal, chamando a atenção para questões não invocadas pelas partes²⁶⁸⁰.

Há ainda a necessidade de maior transparência nos procedimentos arbitrais, com acesso amplo ao público a documentos e dados relevantes²⁶⁸¹ e por meio da publicação dos atos dos procedimentos arbitrais. Com isso, será possível aumentar o controle sobre a atuação dos tribunais arbitrais e provocar mais coerência nos julgamentos. Em 2014, importantes desenvolvimentos voltaram-se para o aumento da transparência nas arbitragens entre investidor e Estado, com a adoção pela Assembleia Geral da ONU no âmbito da Convenção

²⁶⁷⁴ SIMMA; KILL, 2009, p. 681.

²⁶⁷⁵ HARRISON, 2007, p. 46.

²⁶⁷⁶ Ibidem, p. 46.

²⁶⁷⁷ JACOB, 2010, p. 37.

²⁶⁷⁸ UNCTAD, 2015.

²⁶⁷⁹ JACOB, 2010, p. 37.

²⁶⁸⁰ Ibidem, p. 37.

²⁶⁸¹ Ibidem, p. 37.

da Transparência²⁶⁸², dispendo sobre normas processuais que garantam a transparência e o acesso do público às arbitragens investidor-Estado²⁶⁸³.

Para afastar o problema da falta de consistência das decisões, também será possível implantar a observância dos precedentes, com um corpo de jurisprudência que permita trazer maior segurança²⁶⁸⁴. Isso beneficiaria tanto as multinacionais quanto os Estados; as interpretações de disposições comuns gradualmente se tornariam mais consistentes, e os resultados das disputas mais previsíveis. Uma maior coerência no processo de arbitragem contribuiria para a credibilidade e para a confiança pública na arbitragem como mecanismo de resolução de litígios adequada e eficaz²⁶⁸⁵.

Entende-se, ainda, que será necessário adotar algum mecanismo de revisão das decisões em disputas de investimento. Embora apenas alguns países abordem a ideia de um mecanismo de apelação em seus acordos, isso poderá desencadear implicações para os outros²⁶⁸⁶. Alguns tratados recentes, firmados com os EUA, incorporam disposições que abrem a possibilidade de revisão das decisões. A ideia ganhou espaço no tratado bilateral dos EUA com Uruguai, Cingapura e Chile, cada qual a exigir negociações futuras sobre a criação de um processo de apelação como parte do acordo²⁶⁸⁷. O ICSID também propôs discussões sobre o assunto, entretanto, em um primeiro momento, concluiu-se que seria prematuro estabelecer um mecanismo de apelação²⁶⁸⁸. Por isso, ainda não se desenvolveu uma forma de resolver as inconsistências causadas por decisões divergentes nem de permitir a revisão de erros de julgamento em um único caso²⁶⁸⁹. Porém, com o crescimento do regime do investimento estrangeiro, o ICSID não poderá ignorar a necessidade de coerência e previsibilidade e, embora o atual mecanismo de anulação não precise ser eliminado, não deve continuar sendo o único disponível para revisão das decisões²⁶⁹⁰.

²⁶⁸² ONU. **United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration**. New York: United Nations, 2015. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-e.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

²⁶⁸³ ONU. Selected Recent Developments in IIA Arbitration and Human Rights. **IIA Monitor** Nova York/Genebra, n. 2, 2009. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20097_en.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2015.

²⁶⁸⁴ SHEFFER, 2011, p. 18.

²⁶⁸⁵ Ibidem, p. 18.

²⁶⁸⁶ OECD. **Improving the system of investor-state dispute settlement: an overview**. OECD: Paris, 2006. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/40079647.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2015.

²⁶⁸⁷ HUANG X. Y.; CHENG, D. C. Y. Protection of International Investment – The Study of Establishing Appellate Mechanisms in International Investment Arbitration. In: **International Review of Management and Business Research**, v. 3, issue 4, p. 1819-1827, dez. 2014.

²⁶⁸⁸ Ibidem, p. 1823.

²⁶⁸⁹ SMITH, C. The Appeal of ICSID Awards: how the AMINZ appellate mechanism can guide reform of ICSID procedure. In: **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 41, p. 568 -593, 2013.

²⁶⁹⁰ Ibidem, p. 593.

Além das mudanças sugeridas, há os que defendem a ampliação da competência dos tribunais arbitrais para questões relacionadas aos direitos humanos²⁶⁹¹. Assim, os tratados bilaterais teriam uma disposição de que um tribunal de investimento pode decidir sobre questões de direito internacional público ou de direitos humanos que possam surgir no curso de uma arbitragem²⁶⁹². Essa proposição, todavia, reforça a necessidade de uma nova composição para os tribunais, nos quais os árbitros sejam selecionados de modo mais neutro para fortalecer a legitimidade dos procedimentos²⁶⁹³. Há quem sustente que os Estados devam prever nos tratados que quando a questão relacionar-se a direitos humanos, o tribunal arbitral deverá incorporar conhecimentos especializados para o processo de tomada de decisão²⁶⁹⁴. Com isso, os tratados bilaterais deveriam exigir que os tribunais arbitrais incluíssem pelo menos um árbitro da área dos direitos humanos. E, ainda, que os árbitros deveriam ter permissão, incentivo ou até obrigação de consultar peritos ou agências especializadas sobre questões de direitos humanos implicados no caso²⁶⁹⁵.

Em essência, as mudanças procedimentais visam maior transparência, abertura, previsibilidade e equilíbrio entre direitos dos investidores e interesses públicos²⁶⁹⁶. A viabilidade futura do sistema está ligada a sua capacidade de respeitar as obrigações internacionais dos Estados em relação a questões como direitos humanos e a proteção do meio ambiente. A abertura aos demais regimes do direito internacional será um ponto importante na evolução do regime do investimento estrangeiro e poderá ser implantada no atual sistema²⁶⁹⁷. Basta que se adote uma abordagem fundada no entendimento de que o direito internacional do investimento estrangeiro é uma disciplina de direito público²⁶⁹⁸.

Do ponto de vista institucional, um quadro de investimento estrangeiro que conduza ao desenvolvimento humano deverá levar em conta as instituições envolvidas no contexto dos investimentos. Incluem-se nesse processo as instituições de crédito multilaterais, que podem atuar para assegurar o alcance do objetivo²⁶⁹⁹. O desenvolvimento de um quadro político e ambiental voltado a uma abordagem sustentável exige que as instituições mantenham diálogo com as comunidades locais, para avaliar e minimizar os riscos (econômicos, sociais e

²⁶⁹¹ SHEFFER, 2011, p. 18.

²⁶⁹² Ibidem, p. 18.

²⁶⁹³ JACOB, 2010, p. 38.

²⁶⁹⁴ SHEFFER, 2011, p. 18.

²⁶⁹⁵ CHALAMISH, E. The Future of Bilateral Investment Treaties: a de facto multilateral agreement? In: **Brooklyn Journal of International Law**, v. 34, n. 2, p. 303-354, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1543322>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

²⁶⁹⁶ SCHILL, 2011, p. 69.

²⁶⁹⁷ Ibidem, p. 70.

²⁶⁹⁸ Ibidem, p. 102.

²⁶⁹⁹ DE SCHUTTER, 2005, p. 438.

ambientais) associados aos projetos que financiam, evitar o deslocamento de pessoas e garantir que as pessoas nessa condição restaurem seu padrão de vida e que se respeitem os direitos e as vulnerabilidades dos povos indígenas²⁷⁰⁰.

Trata-se de levar em conta as dimensões políticas dos direitos humanos nas decisões relativas aos empréstimos, e não apenas considerações econômicas²⁷⁰¹. Nessa direção, a Comissão dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, em declaração sobre a globalização e seu impacto no gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, exortou as organizações internacionais a tomarem medidas que permitam auxiliar os governos a agir de modo compatível com as obrigações de direitos humanos e elaborar políticas e programas que promovam o respeito por tais direitos²⁷⁰². O não envolvimento, por exemplo, do BM em projetos que violam direitos humanos e a integridade ambiental das comunidades deve ser visto como um resultado natural do movimento em direção ao desenvolvimento sustentável²⁷⁰³. O controle e a obediência às normas legais, no contexto do BM, devem significar que os impactos ambientais e sociais triunfarão sobre justificativas econômicas e técnicas (e políticas)²⁷⁰⁴.

Na medida em que as instituições contribuam para moldar o quadro em que o investimento estrangeiro é canalizado para os Estados em desenvolvimento, este estará obrigado a considerar as obrigações de direitos humanos desses países²⁷⁰⁵. Assim, não só devem abster-se de criar condições que tornem mais difícil ou mesmo impossível para os Estados cumprir com estas obrigações, mas devem promover essa conformidade em sua esfera de influência²⁷⁰⁶. Tal perspectiva reforça o que se estabeleceu nos Princípios do Equador, em que um número de bancos líderes concordou observar em suas decisões de investimento para garantir que os projetos que financiam serão social e ambientalmente responsáveis²⁷⁰⁷. Esses princípios constituem um reconhecimento das instituições que exercem uma influência sobre os devedores, e que estas devem usar de sua influência para promover o desenvolvimento sustentável²⁷⁰⁸. Embora os princípios não tenham um mecanismo de autoexecução, já que foram concebidos como diretrizes voluntárias, sua adoção

²⁷⁰⁰ CLARK, D. I. The World Bank and Human Rights: the need for greater accountability. In: **Harvard Human Rights Journal**, v. 15, p. 205-226, 2002.

²⁷⁰¹ Horta (2002, p. 227-243) chama atenção para casos em que houve apoio do BM e do FMI aos regimes autoritários e antidemocráticos por meio do financiamento de determinados projetos.

²⁷⁰² DE SCHUTTER, 2005, p. 438.

²⁷⁰³ CLARK, 2002, p. 223.

²⁷⁰⁴ Ibidem, p. 223.

²⁷⁰⁵ DE SCHUTTER, 2005, p. 439.

²⁷⁰⁶ Ibidem, p. 439.

²⁷⁰⁷ Ibidem, p. 439.

²⁷⁰⁸ Ibidem, p. 440. Sobre as críticas quanto aos Princípios do Equador, ver Herz, Herbertson e Perrault (2008).

representa a assunção de responsabilidades das instituições financeiras para com o desenvolvimento sustentável e empréstimos responsáveis²⁷⁰⁹.

Paralelamente, o desenvolvimento do regime do investimento estrangeiro deve ter em vista ainda a questão da corrupção nas transações internacionais, até porque a corrupção pode reduzir ou mesmo anular os benefícios esperados do investimento estrangeiro para o país receptor, na medida em que pode distorcer o uso dos poderes governamentais em favor da obtenção de lucros privados²⁷¹⁰. Por isso, a inserção da prevenção e da proibição da corrupção nos tratados bilaterais de investimento pode ser vista como um componente essencial²⁷¹¹. Os Estados poderiam optar por estender os benefícios relativos à proteção do investimento apenas àqueles que aceitassem tais obrigações²⁷¹². A condição de reciprocidade poderia ser estendida às empresas por meio de uma cláusula de perda de benefícios, prevendo aos Estados a possibilidade de negar os benefícios da proteção do investimento às empresas envolvidas em corrupção²⁷¹³.

A inclusão de dispositivos que proíbam a corrupção transnacional nos tratados de investimento ajudaria a criar a confiança de que os benefícios estendidos aos investidores pela globalização seriam complementados pela cooperação internacional na prevenção do abuso das liberdades do mercado global²⁷¹⁴. Alguns tratados bilaterais incluem tais disposições, como o art. 12 do modelo de tratado bilateral de investimento da China e do art. VIII do modelo de tratado bilateral dos Estados Unidos de 1994²⁷¹⁵. A partir disso, poder-se-ia iniciar o debate para reforçar as obrigações assumidas contra a corrupção²⁷¹⁶.

A questão foi enfatizada a partir de julgamentos dos tribunais de investimento, que têm demonstrado não estar dispostos a dar cumprimento a contratos de investimento quando tenham sido firmados por meios corruptos²⁷¹⁷. Isso pode apresentar um forte efeito de dissuasão, porque os investidores, para assegurar a proteção pelos tratados, não poderão estar

²⁷⁰⁹ LEE, V. Enforcing the Equator Principles: an NGO's principled effort to stop the financing of a paper pulp mill in Uruguay. In: **Northwestern Journal of International Human Rights**, v. 6, issue 2, p. 354-376, spring 2008. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol6/iss2/6>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

²⁷¹⁰ UNCTAD. **Illicit Payments**. IIA Issue Paper Series: New York and Geneva, 2001. Disponível em: <<http://unctad.org/en/Docs/psiteiid25.en.pdf>>. Acesso em 17 mar. 2017, p. 4.

²⁷¹¹ RAMINA, L. Considerações sobre a dialética tratado-costume e o desenvolvimento progressivo do direito dos investimentos internacionais. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2661, 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17625>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

²⁷¹² *Ibidem*, p. 8.

²⁷¹³ *Ibidem*, p. 8.

²⁷¹⁴ UNCTAD, 2001, p. 76.

²⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 79.

²⁷¹⁶ *Ibidem*, p. 11.

²⁷¹⁷ MORAN, T. **Combating corrupt payments in foreign investment concessions**: closing the loopholes, extending the tools. Washington: Center for Global Development, 2008, p. 7.

envolvidos com corrupção²⁷¹⁸. No caso *World Duty Free v. Kenia*²⁷¹⁹, julgou-se que os Estados podem afastar a responsabilidade ao provarem que o investidor envolveu-se em corrupção em relação ao investimento. No recente *Metal-Tech v. Usbequistão*²⁷²⁰, o tribunal concluiu que a corrupção afasta a proteção do tratado de investimento e desobriga o Estado de qualquer responsabilidade²⁷²¹. A mesma lógica poderia ser adotada para os direitos humanos, a configurar um princípio da arbitragem entre Estados e investidores, assim como o respeito ao interesse público, à ordem pública internacional, à transparência e ao controle social.

O cenário revela que o regime do investimento estrangeiro está diante de um conjunto de pressões, tanto a partir de dentro quanto de fora, para que desenvolva um quadro mais abrangente²⁷²². A realidade mostra que poucos estão satisfeitos. Para os Estados é caro, para os investidores, imprevisível, e para os críticos está distante das preocupações que vão além dos interesses dos investidores²⁷²³. Há alguns anos, a inadequação do regime poderia ser justificada, porque este estava em sua infância²⁷²⁴, porém, com o intenso processo de deslegitimação, urge que se encontrem soluções que o posicionem como parte de um todo cujos horizontes sejam mais amplos. Isso não se alcançará sem as adequações às demandas do exterior do regime internacional dos investimentos, em termos de transparência, previsibilidade e, principalmente, respeito a questões mais relevantes que os próprios investimentos²⁷²⁵, como a dignidade humana.

3 O direito internacional dos direitos humanos rumo a novos desenvolvimentos

O direito internacional dos direitos humanos desenvolveu-se com a tomada de consciência da necessidade de dotar a ideia dos direitos, que surgiram como direitos naturais, de um estatuto jurídico que permitisse sua aplicação eficaz e a proteção real de seus titulares²⁷²⁶. Após a Segunda Guerra, produziu-se uma importante eclosão da atividade convencional internacional com vistas a sua proteção, refletida em uma multiplicidade de tratados sobre seu reconhecimento e proteção internacional²⁷²⁷. Houve uma conscientização

²⁷¹⁸ Ibidem, p. 7.

²⁷¹⁹ *World Duty Free v. Republic of Kenia*. (ICSID, Caso n. ARB/00/7, Award (Oct. 4, 2006).

²⁷²⁰ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan* (ICSID, Caso n. ARB/10/03, Award (Oct. 4, 2013).

²⁷²¹ Ver Losco (2014. p. 46).

²⁷²² SCHILL, 2011, p.70.

²⁷²³ MAUPIN, 2014, p. 431.

²⁷²⁴ SCHILL, 2011, p. 70.

²⁷²⁵ Ibidem, p. 70.

²⁷²⁶ PECES-BARBA, 1995, p. 157.

²⁷²⁷ Ibidem, p. 174.

sobre a necessidade da adoção de mecanismos para impedir novas atrocidades e, como consequência, a dignidade intrínseca ao ser humano foi proclamada como um novo princípio constitucional do direito internacional²⁷²⁸.

A noção jurídica de dignidade inerente a cada pessoa revelou que as obrigações dos Estados não derivam exclusivamente de sua vontade, mas também de princípios do direito internacional geral²⁷²⁹. São, pois, expressão de uma consciência jurídica comum que afirma a dignidade humana como o núcleo central do direito internacional²⁷³⁰. Para Salcedo (2001, p. 151), nisso radica o único fundamento possível da ordem internacional, assim como o grande princípio civilizador de que o poder está a serviço do homem, que é um ser de fins, e não um mero instrumento. Apesar do desenvolvimento normativo, as obrigações de direitos humanos voltam-se principalmente aos Estados e, mesmo nesse plano, há um baixo desenvolvimento quanto aos mecanismos de controle para verificar e sancionar os descumprimentos das respectivas obrigações²⁷³¹.

Embora as noções de *jus cogens* e obrigações *erga omnes* tenham contribuído para a consolidação de duas ideias civilizadoras — a dos limites à vontade dos Estados e a dos interesses gerais da comunidade internacional em seu conjunto²⁷³² —, quando a questão volta-se às obrigações dos atores não estatais sobre direitos humanos não houve uma evolução paralela. A realidade social, contudo, tem revelado a existência de adversários dos direitos humanos cujas atividades situam-se em mais de um Estado, não se sujeitando à lógica territorial e escapando aos limites da soberania, tal como as multinacionais²⁷³³.

Nesse quadro, levanta-se a questão do efeito horizontal das normas de direitos humanos. O debate tem apresentado amplas dimensões na esfera internacional, maior do que teve no âmbito nacional²⁷³⁴. As discussões reforçam-se no contexto de escândalos de abusos de direitos humanos nos quais as multinacionais estão envolvidas. Os exemplos são muitos e, no centro, verificam-se danos irreparáveis ao ambiente e às pessoas²⁷³⁵.

A globalização, que foi carreada por um aumento expressivo no poder dos investidores estrangeiros, trouxe a reflexão sobre a inexpressiva responsabilidade destes sobre os direitos

²⁷²⁸ SALCEDO, 2001, p. 142-143.

²⁷²⁹ Ibidem, p.143.

²⁷³⁰ Ibidem, p.148.

²⁷³¹ PECES-BARBA, 1995, p. 175.

²⁷³² SALCEDO, 2001, p. 151.

²⁷³³ PECES-BARBA, 1995, p. 176.

²⁷³⁴ TEUBNER, G. The Anonymous Matrix: human rights violations by “private” transnational actors. In: ESCAMILLA, M.; SAAVEDRA, M. (Eds.). **Law and Justice in a Global Society**. International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy: Granada, 2005. p. 547-562.

²⁷³⁵ Ibidem, p. 548.

humanos. O debate centra-se na atuação das multinacionais e na influência dessas empresas que, frequentemente, supera a de muitos Estados. Por isso, as multinacionais não podem mais ser vistas apenas como uma soma de pessoas jurídicas fragmentadas, sujeitas à jurisdição dos Estados em que operam, mas precisam ser encaradas como uma entidade econômica unitária, com responsabilidade no respeito aos direitos humanos na condução de seus negócios no exterior²⁷³⁶.

Daí a afirmação de que, na mesma proporção em que desfrutam de direitos sobre o direito internacional, devem ter obrigações²⁷³⁷. Se os direitos humanos constituem parte fundamental dos princípios de direito internacional, as multinacionais, ao invocarem a proteção desses princípios, devem também respeitá-los²⁷³⁸. É notório que as multinacionais não hesitam em invocar a proteção dos direitos de propriedade e os direitos dos investidores nos tribunais arbitrais, mesmo nos tribunais regionais de direitos humanos, o que se torna incoerente com a pretensão de exclusão de obrigações quando se trata de abusos aos direitos humanos²⁷³⁹. Não há fundamento moral para tal reivindicação, já que a lógica subjacente à proteção dos direitos humanos centra-se no valor dos seres humanos em si mesmos, os quais têm o direito de beneficiar-se de certas liberdades e formas de proteção, sem limitar-se a uma esfera particular de atividade. Isso justifica sua aplicação tanto na área econômica quanto nas áreas política, social e ambiental²⁷⁴⁰.

Como destaca Trindade (2015, p.61-62), o direito dos direitos humanos não rege as relações entre iguais, opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados; não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. Não se nutre de barganhas da reciprocidade, mas inspira-se nas considerações de *ordre public* em defesa de interesses superiores, da realização da justiça²⁷⁴¹. É o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, cujos avanços em sua evolução histórica se têm devido em grande parte à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão²⁷⁴².

Portanto, constituem um núcleo mínimo de obrigações em relação àqueles que podem facilmente desafiar os limites das legislações nacionais e são capazes de obter vantagem

²⁷³⁶ GATTO, 2011, p. 61.

²⁷³⁷ WEISSBRODT; KRUGER, 2005, p. 350.

²⁷³⁸ GATTO, 2011, p. 35.

²⁷³⁹ Ibidem, p. 46.

²⁷⁴⁰ Ibidem, p. 41.

²⁷⁴¹ TRINDADE, 2015, p. 62.

²⁷⁴² Ibidem, p. 62.

diante de sistemas legislativos e judiciais mais fracos²⁷⁴³. Como se evidenciou, os impactos das atividades das multinacionais podem ser tão profundos que são capazes de afetar, tanto direta quanto indiretamente, em vários níveis, todos os aspectos da vida humana²⁷⁴⁴. Além disso, a adesão por três quartos dos Estados ao redor do mundo às obrigações sobre direitos humanos, na condição de partes dos tratados internacionais²⁷⁴⁵, demonstra que tais direitos fornecem, se não um ponto de referência universal, pelo menos amplamente aceito, contra o qual a ação dos Estados e indivíduos, incluindo as multinacionais, podem ser avaliados em todo o mundo²⁷⁴⁶.

Do ponto de vista normativo, o desequilíbrio no direito internacional em relação a, de um lado, uma proteção forte e abrangente quanto aos direitos das multinacionais sob tratados de investimento e tribunais arbitrais e, de outro lado, a um sistema fraco de obrigações sobre direitos humanos e outras normas de direito internacional implica no desenvolvimento de ferramentas para impor obrigações diretas às multinacionais²⁷⁴⁷.

Torna-se cada vez mais evidente a insuficiência dos meios atuais. A utilização do direito interno, dos códigos de conduta voluntários, de padrões morais, praticamente estabelece um quadro de impunidade aos abusos de direitos humanos praticados pelos mais fortes atores não estatais no cenário internacional. A fraca estrutura dos códigos de conduta raramente prevê mecanismos de supervisão fortes²⁷⁴⁸. Na legislação interna, as garantias e os níveis de proteção são distintos, de países que exigem dos particulares o cumprimento de certas normas de direitos humanos até Estados que possuem uma cultura de impunidade para violações praticadas tanto pelo Estado quanto por atores não estatais²⁷⁴⁹.

Por isso, a discussão sobre a aplicação da jurisdição extraterritorial tornou-se proeminente, especialmente quanto aos litígios sobre direitos humanos diante das cortes norte-americanas e parte dos países de *common law*. Mesmo assim, obstáculos procedimentais como, o *forum non conveniens* e o estatuto jurídico das multinacionais, têm impedido muitas vítimas de obter reparação pelos danos sofridos²⁷⁵⁰. Nesse cenário, categoria alguma de responsabilidade existente parece ser adequada para fazer face ao comportamento das empresas multinacionais²⁷⁵¹.

²⁷⁴³ Ibidem, p. 46.

²⁷⁴⁴ Ibidem, p. 47.

²⁷⁴⁵ Ibidem, p. 45.

²⁷⁴⁶ Ibidem, p. 45.

²⁷⁴⁷ Ibidem, p. 26.

²⁷⁴⁸ REINISCH, 2005, p. 52.

²⁷⁴⁹ Ibidem, p. 54.

²⁷⁵⁰ Ibidem, p. 56.

²⁷⁵¹ GATTO, 2011, p. 64.

Com isso, a noção intrínseca ao conceito de direitos humanos, qual seja a dignidade da pessoa humana, que deveria ser o eixo estruturante da sociedade internacional, vê-se fragilizada pela ausência de mecanismos capazes de impor responsabilidades diretas àqueles que, beneficiados pelas insuficiências do direito internacional, extrapolam as limitações éticas. Daí porque a mudança impõe-se e reside na ampliação do quadro legal, tanto no sentido de um leque maior de aplicação de normas substantivas de comportamento quanto de novos procedimentos e instituições em que tais normas possam ser reclamadas²⁷⁵².

Em setembro de 2013, o Equador propôs ao Conselho de Direitos Humanos da ONU um grupo de trabalho para negociar um tratado que caracterize um instrumento vinculativo sobre as empresas transnacionais e outros negócios em relação aos direitos humanos²⁷⁵³. Oficialmente lançada no Rio de Janeiro, em 2012, a campanha para dismantlar o poder das empresas e impedir a impunidade foi construída em 2013 e 2014, a partir das recomendações das vítimas, das comunidades afetadas e de movimentos sociais e organizações da sociedade civil de África, Ásia, América Latina, Europa, EUA e Canadá. A proposta tem dois pilares: abordar os desafios legais para responsabilização das empresas e a necessidade de uma mudança sistêmica no modelo econômico²⁷⁵⁴.

Entre os fundamentos está a constatação de que as multinacionais beneficiam-se de vários tratados, como acordos de livre comércio e tratados bilaterais de investimento, com mecanismos de aplicação, como tribunais arbitrais entre investidores e Estados ou mecanismos de disputa que protegem seus interesses²⁷⁵⁵. Contudo, não existe mecanismo paralelo algum em âmbito internacional para tratar dos abusos de direitos humanos por elas praticados e para assegurar o acesso à justiça às vítimas. Trata-se, pois, do objetivo do novo instrumento internacional juridicamente vinculativo proposto²⁷⁵⁶.

Sustenta-se que o instrumento deve afirmar a obrigação das multinacionais de respeitar todos os direitos humanos²⁷⁵⁷. As empresas devem ser obrigadas a reconhecer o princípio da primazia dos direitos humanos e dos interesses públicos sobre os interesses econômicos privados, e devem-se incluir obrigações de que se abstenham de todas as formas

²⁷⁵² REINISCH, 2005, p. 42.

²⁷⁵³ GLOBAL CAMPAIGN TO DISMANTLE CORPORATE POWER AND STOP IMPUNITY. 8 Proposals for the new legally binding international instrument on transnational corporations (TNCs) and human rights. Jun. 2015. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session1/Global_Campaign_to_Dismantle_Corporate_Power_andStop_Impunity_June-2015_en.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2015.

²⁷⁵⁴ *Ibidem*, p. 2.

²⁷⁵⁵ *Ibidem*, p. 2.

²⁷⁵⁶ *Ibidem*, p. 3.

²⁷⁵⁷ *Ibidem*, p. 2.

de colaboração com outras entidades, instituições ou pessoas que cometam violações destes direitos²⁷⁵⁸. Devem, ainda, fornecer compensação a pessoas, comunidades e Estados afetados e, nos casos em que seja cabível, reparar os danos e restaurar o ambiente. Busca-se reafirmar que os direitos humanos são hierarquicamente superiores às normas do comércio e do investimento internacional²⁷⁵⁹.

O futuro tratado deverá afirmar a obrigação dos Estados de proteger contra violações de direitos humanos cometidas por multinacionais e listar medidas específicas que os Estados deverão implantar, bem como estabelecer mecanismos efetivos em nível nacional para permitir o acesso à justiça e reparar as vítimas e comunidades afetadas²⁷⁶⁰. Uma contribuição decisiva será o reconhecimento de que os Estados possuem obrigações extraterritoriais relativas ao dever de proteção de direitos humanos contra os abusos das multinacionais, de modo que se deve exigir que regulem as atividades extraterritoriais das empresas e assegurem acesso à justiça e reparação às vítimas²⁷⁶¹.

Outro aspecto consiste na introdução de uma cláusula de supremacia dos direitos humanos em todos os tratados de comércio e investimento e a renegociação dos tratados existentes, ou ainda o cancelamento destes e a recusa de subscrever qualquer tratado que não reconheça explicitamente a supremacia das obrigações de direitos humanos²⁷⁶². O tratado deverá proibir os Estados de submeter uma disputa entre investidores e Estados à arbitragem internacional, sob qualquer circunstância que comprometa a soberania e que prejudique sua capacidade e seus deveres de proteger os direitos humanos²⁷⁶³.

Para efeitos de responsabilização, a campanha sugere que se estabeleça, em âmbito interno, a responsabilidade civil e criminal das multinacionais e seus diretores e a responsabilidade compartilhada, entre as empresas e suas filiais, fornecedores e subcontratados. Essa responsabilidade compartilhada deve ser aplicada a investidores, acionistas, bancos e fundos de pensão que financiem tais empresas²⁷⁶⁴. O futuro tratado deve incluir a previsão de obrigações das instituições financeiras e econômicas internacionais e regionais sobre direitos humanos, para que contribuam com sua implantação e abstenham-se de medidas contrárias a seus objetivos²⁷⁶⁵.

²⁷⁵⁸ Ibidem, p. 3.

²⁷⁵⁹ Ibidem, p. 3.

²⁷⁶⁰ Ibidem, p. 3.

²⁷⁶¹ Ibidem, p. 4.

²⁷⁶² Ibidem, p. 4.

²⁷⁶³ Ibidem, p. 5.

²⁷⁶⁴ Ibidem, p. 5.

²⁷⁶⁵ Ibidem, p. 6.

Quanto aos mecanismos, a campanha considera ser a maior lacuna com a qual o tratado deparar-se-á. Assim, sugere que sejam criados três órgãos: um para supervisionar o seu cumprimento, um centro público para o controle das multinacionais e um tribunal mundial sobre as multinacionais e os direitos humanos, complementar aos mecanismos nacionais e regionais²⁷⁶⁶. Quanto ao primeiro, um comitê deve ser estabelecido para monitorar as obrigações dos Estados e das multinacionais, responsável pelo recebimento de reclamações individuais e coletivas relativas à violação do tratado. Quanto ao centro público, deve ser estabelecido para analisar, investigar, documentar e inspecionar as práticas das empresas e seus efeitos sobre os direitos humanos. Por fim, quanto ao estabelecimento de uma corte mundial, pretende-se que os indivíduos, as comunidades e os Estados tenham acesso a um órgão internacional independente para obter reparação por violações de direitos humanos. Crimes econômicos, financeiros e corporativos, bem como ambientais, deverão também ser reconhecidos como de competência da corte, que poderá julgar a responsabilidade civil e criminal das multinacionais e seus diretores e a responsabilidade compartilhada pelas atividades de suas filias, fornecedoras, licenciadas e subcontratadas²⁷⁶⁷.

Finalmente, a última proposta refere-se à adoção de cautelas para que as multinacionais não usem de sua influência para dismantelar o processo de preparação e negociação do novo instrumento. Segundo a campanha, a experiência mostra a habilidade dessas empresas em mobilizar recursos para frustrar qualquer tentativa de regulamentá-las em nível internacional²⁷⁶⁸.

Todas as propostas foram apoiadas por cerca de 600 ONGs que formaram uma aliança com Equador, Bolívia, Cuba, África do Sul e Venezuela. Em uma votação fortemente dividida, o conselho aprovou a proposta em 26 de junho de 2014, por meio da Resolução 26/9²⁷⁶⁹. Ruggie (s.d.) destaca que uma maioria considerável de membros do conselho não votou a favor da resolução. Os países de origem da maioria das multinacionais opuseram-se e estão boicotando as negociações do tratado, alguns se abstiveram ou, no, como no caso da China, condicionantes foram levantadas. Nesse panorama, para Ruggie, é possível que se testemunhe uma repetição da década de 1970 por ocasião das negociações do Código de Conduta das empresas transnacionais, que se estenderam por vários anos, até que foram

²⁷⁶⁶ Ibidem, p. 6.

²⁷⁶⁷ Ibidem, p. 6.

²⁷⁶⁸ Ibidem, p. 7.

²⁷⁶⁹ HUMAN RIGHTS COUNCIL. **Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development**. 25 jun. 2014. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G14/064/48/PDF/G1406448.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

abandonadas. Por isso, sustenta que a ênfase deveria voltar-se à implantação dos Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, aprovados por unanimidade em junho de 2011²⁷⁷⁰.

Com efeito, a questão é desafiadora e, do ponto de vista político, apresenta diversas considerações, variações institucionais e interesses conflitantes entre os Estados²⁷⁷¹. Há quem afirme que nenhuma solução de cunho hierárquico está disponível na ordem jurídica internacional para resolver diferenças entre esferas separadas, como a dos investimentos estrangeiros e a dos direitos humanos, o que deveria ser deixado para o domínio da prática²⁷⁷². Todavia, o ponto alcançado pelo debate nos últimos anos torna inafastável a adoção de iniciativas como a proposta pelo Equador. O apoio das organizações internacionais demonstra que a sociedade internacional não está disposta a conviver com os abusos perpetrados pelas multinacionais.

Se as multinacionais são mais ricas e poderosas do que os Estados que procuram regulá-las, e se muitos Estados não possuem condição ou interesse, deverá ser o direito internacional a fazê-lo²⁷⁷³. Do contrário, permite-se uma lacuna de responsabilização pela incapacidade ou relutância dos Estados receptores em impor às multinacionais padrões mínimos de atuação²⁷⁷⁴. Nos dois cenários, o método clássico de responsabilidade do Estado receptor não oferece qualquer mecanismo efetivo, porque os Estados receptores são incapazes de impor padrões às empresas ou podem ignorar a pressão internacional em função das riquezas que exploram com a ajuda das empresas estrangeiras²⁷⁷⁵.

É inconcebível que as multinacionais não tenham uma presença concreta no direito internacional enquanto sujeitos de obrigações²⁷⁷⁶. Seria uma anomalia continuar a aceitar que as empresas, ao contrário de outros atores não estatais, devem ter apenas obrigações mínimas sob o direito internacional. Por que indivíduos e grupos armados de oposição têm obrigações jurídicas internacionais fundamentais, enquanto as empresas mais poderosas praticamente não

²⁷⁷⁰ RUGGIE, J. **The Past as Prolongue?** A Moment of Truth for UN Business and Human Rights Treaty. S.d, p. 2. Disponível em: <http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/Treaty_Final.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

²⁷⁷¹ Ibidem, p. 2.

²⁷⁷² Ibidem, p. 2.

²⁷⁷³ Pelas consequências negativas e porque muitos Estados falham em controlar tais empresas, a regulação das multinacionais parece tarefa óbvia do direito internacional (FAUCHALD; STIGEN, 2009).

²⁷⁷⁴ KAMMINGA, M. T. Corporate Obligations under International Law. In: CONFERENCE OF THE INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 71., Berlim, 17 ago 2004. **Paper**. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/issues/globalization/business/docs/kamminga.doc>>. Acesso em: 15 mar. 2017, p. 4.

²⁷⁷⁵ Ibidem, p. 5.

²⁷⁷⁶ JOHNS, F. The invisibility of the transnational corporation: an analysis of international Law and legal theory. In: **Melbourne University Law Review**, v. 19, p. 893-923, 1994.

os têm?²⁷⁷⁷ Se a globalização colocou as multinacionais na posição de agentes mais poderosos para a internacionalização da sociedade humana²⁷⁷⁸, com poder e influência inquestionáveis, por que o direito internacional não as reconhece como sujeitos de obrigações?²⁷⁷⁹ Será que isso representa uma tentativa de manter a ordem jurídica defasada contra as forças da mudança ou o direito internacional não está preparado para tratar com essas criaturas?²⁷⁸⁰

Como se ressaltou, diversas organizações internacionais buscaram abordar a atuação das multinacionais, e assim se produziu um grande número de diretrizes, códigos, declarações, recomendações, princípios, relatórios e outros²⁷⁸¹; os efeitos desses esforços permanecem problemáticos. Há quem afirme tratar-se de direito consuetudinário, e quem apenas reconheça efeitos voluntários²⁷⁸². Há quem sustente que a objeção em considerar a responsabilidade direta das multinacionais por violações dos direitos humanos como direito internacional consuetudinário justifica-se na incapacidade das grandes potências em chegar a um acordo sobre a necessidade e os parâmetros para tal responsabilidade²⁷⁸³. Muitos Estados preferem sustentar que a responsabilidade estatal é adequada e temem que sua soberania seja corroída²⁷⁸⁴.

Apesar disso, as multinacionais seguem dispendo de vantagens por conta de sua posição jurídica, pois a aquisição de direitos não foi acompanhada por uma aquisição semelhante de deveres²⁷⁸⁵. O desequilíbrio é injustificável na atual ordem jurídica internacional, que tem nos direitos humanos sua expressão fundamental. Nessa linha, todos que tenham o potencial de violar os princípios fundamentais da ordem internacional devem ser responsabilizados, sob pena de deslegitimar sua própria estrutura e fundamentos. Logo, é necessário que se reflita sobre o conceito da comunidade internacional, a incluir todas as

²⁷⁷⁷ KAMMINGA, 2004, p. 5.

²⁷⁷⁸ Expressão atribuída a Aurelio Peccei, diretor da Fiat, nos anos 1970 (JOHNS, 1994, p. 894).

²⁷⁷⁹ *Ibidem*, p. 894.

²⁷⁸⁰ *Ibidem*, p. 894.

²⁷⁸¹ *Ibidem*, p. 897.

²⁷⁸² *Ibidem*, p. 894.

²⁷⁸³ ADEYEYE, A. Corporate Responsibility in International Law: which way to go? In: **Singapore Yearbook of International Law and Contributors**, Singapore, p. 141-161, 2007.

²⁷⁸⁴ *Ibidem*, p. 160-161.

²⁷⁸⁵ GATTO, 2011, p. 53. Em uma interessante analogia, Easterbrook e Fischel (1985) chamam atenção de que o foco nos direitos de propriedade tende a retirar o foco dos deveres e responsabilidades. O exercício da propriedade sobre qualquer coisa traz responsabilidades legais e morais. Assim, se o sujeito possui uma cobra venenosa, há a responsabilidade de não permitir que ela vagueie livremente em uma área comercial lotada. Assim como os direitos sobre as coisas conferem direitos sobre os outros, no sentido de que ninguém pode roubar minha cobra, eles também impõem responsabilidades sobre os outros; eu não posso prejudicá-los por não limitar minha cobra. Muita atenção foi dada ao espectro de direitos que a propriedade traz, porém, para o autor, o espectro de responsabilidades também pode assemelhar-se a uma escala móvel, com as responsabilidades mais fortes naqueles cujos direitos de propriedade lhes dá maior poder sobre as pessoas. Assim, a propriedade da cobra, com a possibilidade de exercer o poder letal sobre os outros, acarreta, conseqüentemente, responsabilidade maior.

organizações dotadas de capacidade de participar das relações internacionais. As multinacionais participam das relações internacionais, influenciando governos, com consequências econômicas e políticas. Portanto, os Estados devem dotá-las de personalidade suficiente para atribuir-lhes obrigações diretas sobre os direitos humanos²⁷⁸⁶.

O que é perceptível é que a imposição de responsabilidades diretas às multinacionais decorrerá da decisão dos Estados; embora existam muitos fundamentos, há relutância em assinar um tratado que imponha tal responsabilidade²⁷⁸⁷. Ao que parece, a questão da atribuição de personalidade jurídica internacional às multinacionais está mais voltada a considerações políticas que jurídicas²⁷⁸⁸, porque reconhecer as empresas multinacionais como sujeitos de obrigações no cenário internacional torna-se problemático em um cenário que prioriza interesses econômicos sobre direitos humanos²⁷⁸⁹.

Por outro lado, o crescimento do direito internacional pressupõe uma diversidade em relação aos sujeitos²⁷⁹⁰, e será cada vez mais incoerente a manutenção da atribuição de personalidade jurídica internacional com base apenas no Estado, notadamente se o direito internacional pretende consolidar-se como estatuto jurídico da humanidade. Se os direitos humanos devem ser protegidos e respeitados pela comunidade internacional, é necessário que os abusos cometidos pelas multinacionais estejam sujeitos inclusive a sanções penais em nível internacional²⁷⁹¹.

Com vontade política, será possível implantar mecanismos para a responsabilidade direta das multinacionais, não se sustentando a oposição com base em concepções teóricas sobre a estrutura do direito internacional²⁷⁹². Com a influência social e econômica crescente que as multinacionais possuem sobre a própria formação do direito internacional, seria um paradoxo se este não começasse, em algum momento, a regular o comportamento dessas empresas²⁷⁹³.

Para tanto, será necessário adotar mudanças em nível institucional no âmbito penal, com a ampliação das competências do TPI para prever a competência para o julgamento de graves violações de direitos humanos praticadas pelas multinacionais²⁷⁹⁴. Entende-se que o

²⁷⁸⁶ Ibidem, p. 155.

²⁷⁸⁷ Ibidem, p. 160.

²⁷⁸⁸ GOTZMANN, 2008.

²⁷⁸⁹ Ibidem, p. 49.

²⁷⁹⁰ Ibidem, p. 49.

²⁷⁹¹ Ibidem, p. 49.

²⁷⁹² REINISCH, 2005, p. 87.

²⁷⁹³ FAUCHALD, O. K.; STIGEN, J. Corporate responsibility before international institutions. In: **The George Washington International Law Review**, v. 40, n. 4, p. 1027-1096, 2009.

²⁷⁹⁴ Embora se sustente a dificuldade em definir a responsabilidade das multinacionais, muitos defenderam que o Estatuto de Roma deveria ter incluído a responsabilidade criminal das empresas, porém, como muitas

desenvolvimento do conceito de responsabilidade criminal das multinacionais deve passar também por uma reflexão sobre quais as penalidades mais adequadas, já que as sanções econômicas tradicionais poderão não se mostrar efetivas diante das multinacionais, que podem considerá-las na análise de custos-benefícios²⁷⁹⁵. Assim, novos tipos de punição poderão ser necessários, como intervenção na administração, serviços comunitários e publicidade adversa²⁷⁹⁶.

No âmbito das reparações às vítimas, a criação de um tribunal internacional sobre multinacionais e direitos humanos parece ser o melhor meio para proporcionar acesso direto às vítimas e julgamento por um órgão especializado. Os indivíduos devem ter a oportunidade de receber a compensação diretamente da multinacional violadora, como ocorre na violação de direitos humanos pelos Estados²⁷⁹⁷. Além disso, ao contrário dos tribunais nacionais, um tribunal internacional não estará sujeito a críticas em função da atuação e da aplicação discriminatória do direito internacional e, portanto, não sofrerá ataques em sua credibilidade²⁷⁹⁸. Para Weiler (2004, p. 439), a inclusão desse mecanismo segue a tendência do direito internacional que conduz à proteção dos direitos dos particulares contra os próprios particulares. Reconhece-se que o universo do direito internacional contém mais atores e interesses dos que os dos Estados.

Apesar das dificuldades, a ambiência política jurídica é agora favorável à afirmação dos valores humanistas ante ao afrouxamento do conceito de soberania, cuja exaltação no direito internacional clássico sempre retardou a afirmação da responsabilidade de outros atores²⁷⁹⁹. Sem a adoção de mecanismos eficazes, os direitos humanos permanecerão como o irmão fraco do direito internacional econômico²⁸⁰⁰, e os valores éticos continuarão a importar menos que os econômicos.

multinacionais são americanas, a recusa dos EUA em serem signatários do TPI deixaria as vítimas de abusos das empresas americanas sem qualquer meio de reivindicação (EASTERBROOK; FISCHER, 1985, p. 156).

²⁷⁹⁵ FAUCHALD; STIGEN, 2009, p. 1042.

²⁷⁹⁶ Ibidem, p. 1042.

²⁷⁹⁷ WEILER, 2004, p. 438.

²⁷⁹⁸ Ibidem, p. 438.

²⁷⁹⁹ ALMEIDA, 2009, p. 19.

²⁸⁰⁰ WEILER, 2004, p. 450.

CONCLUSÃO

Diante da investigação desenvolvida pode-se concluir pela insuficiência de interação entre os direitos humanos e as normas do direito internacional do investimento estrangeiro. Contudo, é possível e necessário avançar nesta direção, se o direito internacional pretende manter sua unidade e coerência. Para tanto, entende-se que o diálogo pode ser assentado em três proposições principais.

A primeira, de que é imprescindível enfrentar o quadro teórico do atual direito internacional a partir de uma posição que permita compreendê-lo como um todo, ou seja, globalmente. A necessidade de integração entre os distintos regimes é inafastável, notadamente no âmbito dos direitos humanos e do investimento estrangeiro, pelas oportunidades que apresentam para o desenvolvimento global. O desafio é precisamente o de retirar tais regimes do isolamento das respectivas especialidades técnicas, para que, em conjunto, propiciem o desenvolvimento do próprio direito internacional. De uma perspectiva sistêmica, será possível recorrer a princípios comuns sobre toda a disciplina, como os relativos às normas de *jus cogens*, da ordem pública internacional e do direito internacional geral para evitar contradições nas obrigações internacionais assumidas pelos Estados e proporcionar uma interpretação adequada. Com isso, refuta-se a perspectiva fragmentária, incompatível com o quadro teórico do direito internacional contemporâneo.

Da análise sobre o desenvolvimento do direito internacional econômico foi possível constatar que se deu de forma amplamente favorável ao protagonismo dos grandes atores econômicos internacionais, entre os quais, as empresas multinacionais, condutoras do investimento estrangeiro. O quadro estabelecido, especialmente após a Conferência de Bretton Woods e o Consenso de Washington, permitiu que, sob o manto da liberalização, tais empresas gozassem de inúmeros direitos frente aos Estados receptores, com fundamento na necessidade de proteção dos investimentos. A realidade demonstrou, entretanto, que os seres humanos foram preteridos diante de uma regulação meramente econômica. Após inúmeras denúncias envolvendo graves abusos de direitos humanos por empresas multinacionais em Estados receptores de seus investimentos, especialmente países em desenvolvimento, passou-se a discutir a necessidade de que à regulação econômica fossem incluídas considerações não menos dignas de tutela pelo direito internacional, como os direitos humanos e o meio ambiente. A crise de legitimidade que se abateu sobre a regulação econômica internacional

alcançou o regime do investimento estrangeiro, cujas estruturas foram assentadas exclusivamente na lógica econômica.

A partir das peculiaridades do regime do investimento estrangeiro e das críticas incidentes, em especial quanto à insuficiência de consideração pelos direitos humanos, é possível chegar à segunda premissa para a interação entre os regimes: a de que o direito internacional do investimento estrangeiro não pode desvincular-se do direito internacional público, porque seus objetivos estão atrelados ao desenvolvimento global. Portanto, suas normas, a interpretação dessas normas pelos respectivos tribunais arbitrais, bem como o procedimento e a estrutura correspondente a tais tribunais, não podem perdê-lo de vista.

Para tornar o regime compatível com essa lógica são requeridas mudanças, desde logo, nas disposições dos tratados de investimento, para contemplar a integração com temáticas de interesse público, como os direitos humanos. São requeridas, também, modificações procedimentais nas arbitragens entre investidores e Estado para adequá-las à natureza das reclamações, que não devem seguir os padrões típicos da arbitragem comercial privada. Nesse aspecto, deve-se dar ênfase aos meios que permitam maior transparência, publicidade, controle e recorribilidade das decisões, a fim de afastar a unilateralidade do sistema de solução de controvérsias. São necessárias ainda mudanças institucionais nos tribunais arbitrais para que o déficit de legitimidade seja superado, incluindo uma composição plural dos respectivos painéis, a contemplar especialistas de áreas conexas aos investimentos.

Com isso, a proteção contra os riscos políticos dos investimentos não será superior à proteção contra os riscos dos investimentos sobre os direitos humanos. O objetivo será promover o equilíbrio entre proteção dos investimentos contra riscos políticos e proteção dos direitos humanos contra investimentos nocivos às pessoas e ao ambiente. A solução parte de uma mudança de foco em que o respeito pelos direitos humanos por investidores estrangeiros significará menor risco aos investimentos, pois reduzirá possíveis regulações imprevisíveis dos Estados receptores que atentem contra suas expectativas e acarretará melhoria nas condições de vida de trabalhadores, fornecedores e consumidores.

A problemática na relação entre direitos humanos e investimento estrangeiro volta-se, ainda, ao modo como o regime dos direitos humanos está estabelecido, fundado quase que exclusivamente na soberania estatal e com mecanismos de responsabilização voltados apenas a estes. O desafio da vinculação dos atores não estatais pelos direitos humanos e seus reflexos nos mecanismos de responsabilização demonstram que o direito internacional precisa avançar em seus conceitos tradicionais, a fim de compatibilizar-se com a realidade internacional. Do

contrário, a limitação na estrutura do regime de proteção aos direitos humanos contribuirá com uma situação de injustiça e impunidade em relação aos abusos cometidos por atores não estatais. Por isso, a terceira proposição baseia-se no avanço do regime internacional de proteção aos direitos humanos, com a afirmação direta da obrigação das multinacionais pelo cumprimento dessas normas.

Se os direitos humanos evoluíram impulsionados por grandes tragédias na história, no caso desta investigação, tais tragédias ocorrem diariamente por todo o mundo, com atentados à dignidade humana em grande parte das relações entre indivíduos e investidores estrangeiros, razão pela qual é indispensável uma profunda modificação na relação entre empresas multinacionais e direitos humanos. O entendimento de que toda a comunidade internacional será favorecida com a proteção dos direitos humanos deve ultrapassar a dimensão teórica e alcançar uma dimensão concreta. Nessa visão, as empresas multinacionais devem ser obrigadas a adotar estratégias para gerir os riscos que suas atividades, ou de sua esfera de influência, possam causar aos direitos humanos. Uma mudança na política institucional dos Estados e das empresas, que retire a proteção dos direitos humanos da retórica e permita sua aplicação prática, pauta-se no entendimento de que todos ganham com o desenvolvimento sustentável. Isso se justifica, pois, a dignidade humana é o fim de toda e qualquer construção no direito internacional, e os investidores estrangeiros não podem ficar isentos das obrigações de direitos humanos, em especial pelo poder político e econômico que representam. Aliás, o investimento estrangeiro deve servir como um meio para o progresso da comunidade global, e não para acarretar retrocessos na proteção de seus valores fundamentais.

Ao considerar que as obrigações de direitos humanos alcançam os atores não estatais, em alguns casos, por disposição expressa, é preciso centrar-se na adoção de processos empresariais adequados para evitar riscos aos direitos humanos e transformar eventuais conflitos em oportunidades para uma contribuição positiva e transformadora. Porém, enquanto a mentalidade empresarial não se voltar espontaneamente para um espírito ético, com respeito às pessoas e a sua dignidade, será necessário obrigá-las diretamente e ainda estruturar mecanismos que apurem as responsabilidades diante de abusos de direitos humanos, em especial no que se refere às multinacionais, pela forma como as atividades são estruturadas. A evidência de que os mecanismos atuais não atendem à realidade diante da continuidade dos abusos impõe o reconhecimento de que novos desenvolvimentos são necessários. Não se pode admitir que o quadro teórico do direito internacional continue a justificar a irresponsabilidade de atores com influência inquestionável nesse plano, e que seja

o regime de proteção dos direitos humanos a carecer de um mecanismo adequado para a respectiva responsabilização.

Para tanto é necessário que às empresas multinacionais, difusoras do investimento estrangeiro, seja atribuída personalidade jurídica internacional, a fim de que se torne possível imputar-lhes as correspondentes responsabilidades. Essa medida, já sugerida no julgamento do caso Barcelona Traction, assegurará uma visão da comunidade internacional compatível com a que realmente se apresenta, e não como se apresentava no século XVI. Como são inegáveis as modificações trazidas pela globalização no direito internacional, é imprescindível que as mudanças alcancem a realidade jurídica das grandes condutoras do fenômeno, as empresas multinacionais. Compatibilizar os desenvolvimentos jurídicos com os desenvolvimentos econômicos é inevitável se o direito internacional pretende continuar a ser o verdadeiro estatuto da sociedade internacional.

Além de avanços normativos, como a proposição, em 2013, pelo Equador ao Conselho de Direitos Humanos da ONU de um tratado internacional que vincule as empresas transnacionais e outros negócios em relação aos direitos humanos, que parece bastante adequada, serão necessárias as adaptações institucionais correspondentes. Nesse plano, um tribunal específico para conhecer as demandas das vítimas dos abusos de direitos humanos praticados pelas empresas multinacionais traria equilíbrio ao sistema por oferecer às vítimas o que tais empresas já possuem com a arbitragem de investimentos, a possibilidade de responsabilizar diretamente os que lhes causaram prejuízos. Já que, no direito interno, as vítimas dificilmente conseguem obter uma resposta diante dos abusos de direitos humanos, por conta dos inúmeros obstáculos abordados, como a extraterritorialidade dos danos, o *forum non conveniens* e outros, caberá ao direito internacional encontrar mecanismos eficientes para assegurar-lhes o acesso a um tribunal especializado.

Quanto à responsabilidade criminal internacional das empresas multinacionais, a questão revela mais uma questão de vontade política do que de convicção jurídica, pois desde o segundo pós-guerra, ficou evidente o potencial de utilizar as empresas para propósitos criminosos que conduziram a graves atentados à dignidade humana. A utilização da ambiência privada para a prática de crimes graves, em uma tentativa de desviar as responsabilidades, é um fato que apenas reforça a ideia de que algumas lacunas não são aleatórias, mas provocadas por aqueles que, historicamente, puderam delinear as normas internacionais de acordo com seus propósitos. Apesar das divergências no direito interno dos Estados, é evidente o potencial criminoso dessas empresas que atuam em âmbito global e que

frequentemente servem-se das lacunas e das deficiências dos ordenamentos para perseguir o lucro em detrimento da natureza e dos seres humanos.

O que se conclui é que alternativas existem quando há disposição para que os avanços aconteçam. Várias sugestões discutidas podem permitir maior interação entre as normas de direitos humanos e as do investimento estrangeiro. Como se destacou, a segurança no respeito aos direitos humanos poderá modificar também as relações entre investidores estrangeiros e Estados receptores. O tratamento dessa questão pelo direito internacional fortalecerá o nível de proteção aos direitos humanos e assegurará que as diferenças nas legislações nacionais não serão usadas em detrimento dos direitos humanos.

Parece evidente que se alguns conceitos do direito internacional foram adaptados em função das necessidades econômicas globais, não há razão para que não sejam adaptados às necessidades humanas, que se sobrepõem a qualquer outra pelo valor insubstituível da dignidade. Aliás, a globalização dos direitos humanos não acompanhou a velocidade da globalização econômica e este parece ser um dos mais importantes aspectos do problema. Entretanto, cada abuso que acarrete a degradação da dignidade humana e do meio ambiente é também um abuso contra a humanidade e contra o planeta. O desequilíbrio nessas relações conclama o desenvolvimento de uma ética global, a fim de que a valorização econômica não se cegue aos valores humanistas.

O tema é delicado e sensível porque da solução que se venha a dar a questão, depende o alcance do objetivo do desenvolvimento sustentável. Portanto, recomenda-se que, para uma agenda de pesquisas no futuro, sejam desenvolvidos estudos específicos voltados aos diferentes meios através dos quais as propostas integradoras possam ser concretizadas. O enfrentamento dessas questões pelo direito internacional permitirá um avanço na proteção internacional dos direitos humanos e afirmará o direito internacional como o direito comum da humanidade, pois não excluirá de sua proteção os que constituem a razão última da sua existência, os seres humanos, titulares de correspondente dignidade.

REFERÊNCIAS

AAKEN, A. VAN. International Investment Law Between Commitment and Flexibility: a contract theory analysis. In: **Journal of International Economic Law**, Oxford, v. 12, issue 2, p. 507-538, 2009.

ABRANTES, J. J. **Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ADAMSKI, T. The Alien Tort Claims Act and Corporate Liability: A Threat to the United States' International Relations. In: **Fordham International Law Journal**, v. 34, issue 6, p. 1503-1543, 2011.

ADEYEYE, A. Corporate Responsibility in International Law: which way to go? In: **Singapore Yearbook of International Law and Contributors**, p. 141-161, 2007.

ADVOCATES FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT. **At a glance guide to the Alien Tort Claims Act of 1789**. Preparado por Allen & Overy, 08 out. 2008. Disponível em: <<http://a4id.org/sites/default/files/user/alien-tort.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

AGO S.-I. Corporate social responsibility and its implications for public international Law. In: KOMORI, T. e WELLENS, K. (Eds.). **Public interest rules of international law: towards effective implementation**. Farnham/Burlington: Ashgate, 2009.

AKEHURST, M. The Hierarchy of the Sources of International Law. **American University International Law Review**, v. 1, issue 2, p. 1-96, 1987. Disponível em: <bybil.oxfordjournals.org/content/47/1/273.full.pdf+html>. Acesso em: 21 out. 2013.

ALARCÓN, P. de J. L. **Patrimônio genético humano: e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ALCABAS, A.-M.; BOURCIEU, É.; VALERSTEINAS, B. Les nouvelles formes de l'IDE. In: **Problèmes économiques**, n. 2660, p. 19-22, 2000.

ALEXY, R. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, F. A. de M. L. **Os crimes contra a humanidade no actual direito internacional penal**. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. Mutações sistêmicas e normativas no direito internacional em face de novos desafios. In: **Scientia Iuridica**, t. 60. n. 326, maio-ago. 2011.

ALSTON, P. The 'not a cat' syndrome: can the international human rights regime accommodate non-state actors? In: ALSTON, P. (Ed.). **Non-State actors and human rights**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

ALTER, R. L'investissement à l'est catalyseur de la transition. In: **L'Observateur de l'OCDE**, n. 186, p. 28-31, fev./mar. 1994.

ALVAREZ, J. E. **The public international law regimes governing international investment**. Haia: Hague Academy of International Law, 2011.

AMARAL, D. F. do. **História do Pensamento Político Ocidental**. Coimbra: Almedina, 2012.

AMARAL JR., A. do. El diálogo de las fuentes: fragmentación y coherencia en el derecho internacional contemporáneo. In: **Revista Española de Derecho Internacional**, v. LXII, p. 61-87, 2010.

ANDRADE, J. C. V. de. Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. In: **Estudos de Direito do Consumidor**, n. 5, p. 139-161, 2003.

_____. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

ANISTIA INTERNACIONAL. Human Rights Principles for Companies. In: STEINER, H. J.; ALSTON, P. **International Human Rights in Context: law, politics, morals**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

ARBUET-VIGNALI, H.; ARÉCHAGA, E. J. de; RIPOLL, R. P. **Derecho Internacional Publico**, tomo I. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996.

ARENDT, H. **Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. 3. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARMALINE, W. T.; GLASBERG, D. S.; PURKAYASTHA, B. **The Human Rights Enterprise: Political Sociology, State Power and Social Movements**. Cambridge: Polity Press, 2015.

ARNAUD, A.-J. **O direito entre a modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado**. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARRUDA, A. A Formação do Estado Moderno sob a Concepção dos Teóricos Contratualistas. In: **Revista do Curso de Direito UNIFOR**, Formiga, v. 4, n. 1, p. 51-57, jan./jun. 2013.

ASSELT, H. van; SINDICO, F.; MEHLING, M. A. Global Climate Change and The Fragmentation of International Law. In: **Law & Policy**, v. 30, n. 4, p. 423-449, out. 2008.

AUGENSTEIN, D. (Coord.). **Study of the legal framework on human rights and the environment applicable to European enterprises operating outside the European Union**. Edimburgo: Universidade de Edimburgo, s/d. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/business-human-rights/101025_ec_study_final_report_en.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2014.

AVELÃS NUNES, A. J. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Lisboa: Editorial Caminho, 2003.

_____. **Os sistemas econômicos: gênese e evolução do capitalismo.** Coimbra: Serviços de Acção Social da UC, 2009.

_____. Uma Leitura Crítica da Atual Crise do Capitalismo. In: **Boletim de Ciências Econômicas**, v. LIV (separata), 2011. 159 pp.

AZEVEDO, M. E. **As Parcerias Público-Privadas:** Instrumento de uma nova governação pública. Coimbra: Almedina, 2009.

BAGGIO, R. C.; MARQUES, S. S. Vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais: breves considerações da Filosofia Constitucional. In: **Revista Direito e Práxis**, v. 4, n. 7, p. 242-266, 2013.

BAN K.-M. **Implementing the Responsibility to Protect:** Report of the Secretary-General. New York: United Nations, 2009.

BAPTISTA, E. C. **Direito Internacional Público**, v. II. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. **Jus Cogens em Direito Internacional.** Lisboa: Lex, 1997.

BARATTA, A. Os direitos da criança e o futuro da democracia. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, v. 41, p. 61-91, 1999.

BARBOZA, J. International Criminal Law. In: **Recueil de Cours**, v. 278, p. 9-200, 1999.

BARRETO, A. Cidadania e Novos Poderes numa Sociedade Global. In: SWEET, A. S. et al. **Cidadania e Novos Poderes numa Sociedade Global.** Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2002.

BARROS, A. S. **Multinacionais e a deslocalização de indústrias perigosas.** Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

BARROSO, A. S. **Multinacionais e a deslocalização de indústrias perigosas.** Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BARUCO, G. C. da C. **Do Consenso Keynesiano ao Pós-Consenso de Washington.** Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2005. Disponível em: <http://www.portal.ie.ufu.br/mestrado/ie_dissertacoes/2005/3.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2014.

BASSO, M. **Contratos Internacionais do Comércio: negociação, conclusão, prática.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BECK, U. **La Sociedad del Riesgo.** En camino hacia otra sociedad moderna. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e M. Rosa Borrás. Barcelona: Piadós Básica, 1998.

_____. **O que é Globalização?** Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BENVENISTI, E. The Conception of International Law as a Legal System. In: **German Yearbook of International Law**, v. 50, p. 393-405, 2008.

_____; DOWNS, G. W. The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law. In: **Stanford Law Review**, v. 60, p. 595-632, 2007.

BERGER, A.; HARTEN, J. What opportunities do the new EU international investment agreements offer for developing countries? **Briefing Paper**, Deutsches Institut für Entwicklungspolitik, Bonn, dez. 2012. Disponível em: <http://www.die-gdi.de/uploads/media/BP_12.2012.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2015.

BERMAN, P. S. From International Law to Law and Globalization. In: **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 43, p. 485-556, 2005.

BERTALANFFY, L. von. **Teoria Geral dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 1975.

BÍBLIA Sagrada. 8. ed. Aparecida: Santuário, 1978. Gênesis, capítulo 1, versículos 26-27.

BIJSTERVELD, S. van. Human Rights and Private Corporations: a dutch legal perspective. In: **Electronic Journal of Comparative Law**, 2002. Disponível em: <<http://www.ejcl.org/64/art64-21.html>>. Acesso em: 03 out. 2014.

BILDT, C. **Cidadania e Novos Poderes numa Sociedade Global**. Trad. Instituto de Estudos Políticos da Universidade Católica Portuguesa. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2002.

BILLET, B. L. **Investment behavior of multinational corporations in developing areas: comparing American, Japanese, and development assistance corporations**. New Brunswick: Transaction Publishers, 1991.

BLUM, G. Bilateralism, Multilateralism, and the Architecture of International Law. In: **Harvard International Law Journal**, v. 49, n. 2, p. 323-379, 2008.

BOBÁK, M. **The Horizontal Effect of the Right to a Healthy Environment**. 2011. Tese (doutorado) - Masaryk University, Brno, 2012. Disponível em: <http://is.muni.cz/th/257276/pravf_m/The_Horizontal_Effect_of_the_Right_to_a_Healthy_Environment.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2014.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BODANSKY, D.; CROOK, J. R. Symposium: The ILC'S State Responsibility Articles – Introduction and Overview. In: **American Journal of International Law**, v. 96, n. 4, p. 773-774, 2002.

BODIN, J. **Os Seis Livros da República** - Livro Sexto. Trad. José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2012.

BOFF, L. **A águia e a galinha: uma metáfora da condição humana**. Petrópolis: Vozes, 1997.

BÖHMER, A. The Struggle for a Multilateral Agreement on Investment – An Assessment of the Negotiation Process in the OECD. In: **German Yearbook of International Law**, v. 41, p. 267-298, 1998.

BOMHOFF, J. Lüth's 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foundations of Judicial Balancing. In: **German Law Journal**, v. 9, n. 2, p. 121-124, 2008.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BORDIEU, P. **Contrafogos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BORGES, C. Acordos Bilaterais à Brasileira. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 01 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/opiniao/4072416/acordos-bilaterais-brasileira>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

BORMAN, Y. R. Treaty shopping through corporate restructuring of investments: legitimate corporate planning or abuse of rights. In: **Hague Yearbook of International Law** [Annuaire de La Haye de droit international], v. 24, p. 359-389, 2011.

BORRADORI, G. **Filosofia em Tempo de Terror**: Diálogos com Jürgen Habermas e Jaques Derrida. Trad. Jorge Pinho. Porto: Campo das Letras, 2004.

BOYER, R.; DRACHE, D. **Estados Contra Mercados**: os limites da globalização. Trad. Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

BOYLE, A.; FREESTONE, D. (Eds.). **International Law and Sustainable Development**: past achievements and future challenges. Oxford: Oxford University Press, 2001.

BRACKEN, P. The Multinational Corporation Today. In: **Yale SOM Working Paper**, n. OB-06, PM-05, OL-19, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com.abstract=514422>>. Acesso em: 23 mar. 2014.

BRADLOW, D. D. Development Decision-Making and the Content of International Development Law. In: **Boston College International and Comparative Law Review**, v. 27, issue 2, p. 195-217, 2004.

BRANCO, M. C. **Economia Política dos Direitos Humanos**. Lisboa: Sílabo, 2012.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Cooperation and Facilitation Investment Agreement**. Disponível em: <http://unctad-worldinvestmentforum.org/wp-content/uploads/2015/03/Brazil_side-event-Wednesday_model-agreements.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2016.

BRATSPIES, R. 'Organs of Society': a plea for human rights accountability for transnational enterprises and other business entities. In: **Michigan State Journal of International Law**, v. 13, p. 9-37, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=692202>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

BRITO, M. H. **Direito do Comércio Internacional**. Coimbra: Almedina, 2004.

BRITO, W. **Direito Internacional Público**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

BROUDE, T. At The End of the Yellow Brick Road: International Economic Law Research in Times of Uncertainty. In: PICKER, C. B.; BUNN, I. D.; WARNER, D. **International Economic Law: State and Future of the Discipline**. Portland: Hart Publishing, 2008.

BROWLIE, I. **Principles of Public International Law**. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.

BROWN, R. Globalization and the end of the national project. In: MACMILLAN, J.; LINKLATER, A. **Boundaries in question: new directions in international relations**. Londres: Pinter Publishers, 1995. p. 54-68.

BRUMMER, C. Why Soft Law Dominates International Finance – and not Trade. In: **Journal of International Economic Law**, v. 13, n. 3, p. 623-643, 2010.

BRUNDTLAND, Comissão. **Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: o nosso futuro comum**. Nova York: Universidade de Oxford, 1987. Disponível em: <<http://eubios.info/BetCD/Bt14.doc>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

BUCCI, M. P. D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUERGENTHAL, T. et al. **International Human Rights in a Nutshell**. Saint Paul: West, 2009.

BÜHLER, M. Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview. **ASA Bulletin**, v. 2, p. 249-279, 2004. Disponível em: <<https://www.walderwyss.com/publications/85.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BUNN, I. D.; PICKER, C. B. The State and Future of International Economic Law. In: PICKER, C. B.; BUNN, I. D.; WARNER, D. **International Economic Law: State and Future of the Discipline**. Portland: Hart Publishing, 2008.

BURDEAU, G. **O Estado**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BURKE-WHITE, W. W; STADEN, A. von. Private Litigation in a public law sphere: the standard of review in investor-state arbitrations. In: **The Yale Journal of International Law**, v. 35, n. 2, p. 283-346, 2010.

BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. **Perfil do Caso Nestlé, Cargill, Archer Daniels Midland lawsuit (re Côte d’Ivoire)**. S.d. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/nestl%C3%A9-cargill-archer-daniels-midland-lawsuit-re-c%C3%B4te-divoire>>_. Acesso em: 19 out. 2014.

_____. **Perfil do Caso Yahoo lawsuit (re China)**. S.d a. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/yahoo-lawsuit-re-china-0#c9340>>. Acesso em: 28 out. 2014.

_____. **Perfil do Caso: BHP lawsuit (re Papua New Guinea)**. S.d b. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/bhp-lawsuit-re-papua-new-guinea#c9315>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

_____. **Perfil do Caso: Chevron lawsuit (re Nigeria)**. S.d c. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/chevron-lawsuit-re-nigeria#c9310>>. Acesso em: 19 out. 2014.

_____. **Perfil do Caso: HudBay Minerals lawsuits (re Guatemala)**. S.d d. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/hudbay-minerals-lawsuits-re-guatemala-0#c18034>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

_____. **Perfil do Caso: Pfizer lawsuit (re Nigeria)**. S.d e. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/pfizer-lawsuit-re-nigeria>>. Acesso em: 19 out. 2014.

_____. **Perfil do Caso: Shell lawsuit (re Nigeria - Kiobel & Wiwa)**. S.d f. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/shell-lawsuit-re-nigeria-kiobel-wiwa>>. Acesso em: 19 out. 2014.

_____. **Perfil do Caso: Tahoe Resources lawsuit (re Guatemala)**. S.d g. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/tahoe-resources-lawsuit-re-guatemala>>. Acesso em: 19 out. 2014.

_____. **Perfil do Caso: Texaco/Chevron lawsuits (re-Ecuador)**. S.d h. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/texacochevron-lawsuits-re-ecuador>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

_____. **Perfil do Caso: Union Carbide/Dow lawsuit (re Bhopal)**. S.d i. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/union-carbidedow-lawsuit-re-bhopal#c9302>>. Acesso em: 19 out. 2014.

_____. **Perfil do Caso DynCorp lawsuit (re Colombia & Ecuador)**. S.d j. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/dyncorp-lawsuit-re-colombia-ecuador#c9308>>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. **Norway will divest from coal in push against climate changes**. S.d k. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/norway-govt-pension-fund-to-sell-off-coal-investments-in-biggest-divestment-move-for-climate-change#c124253>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. **US Supreme Court issues decision in Kiobel v. Shell**. S.d l. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/us-supreme-court-issues-decision-in-kiobel-v-shell-alien-tort-claims-act-does-not-apply-extraterritorially-affirms-dismissal-of-case#c71940>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

BYRNES, A.; HAYASHI, M.; MICHAELSEN, C. (Eds.). **International law in the new age of globalization**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

CABOT, F. J. Z. La responsabilidad de las empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos: práctica reciente. In: **Papeles El Tiempo de Los Derechos**, ano 1, n. 1, 2012. 25 p.

CABRITA, I. **Direitos Humanos**: um conceito em movimento. Coimbra: Almedina, 2011.

CAITLIN, D.; WILDE-RAMSING, J.; GENOVESE, K.; SANDJOJO, V. Remedy Remains Rare. **OECD Watch**, 15 jun. 2015.

CALDAS, J. M. C. A Responsabilidade Social das Empresas para o Desenvolvimento Sustentável: a necessidade de instituições de suporte. In: SEMINÁRIO ORGANIZADO PELA COMISSÃO NACIONAL DE JUSTIÇA E PAZ, maio 2008, Lisboa. **Resumos...** Lisboa: Comissão Nacional de Justiça e Paz, maio 2008.

CALMON, E. A Arbitragem Internacional. In: **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 16, n. 1, p. 1-74, jan./jul. 2004.

CANARIS, C.-W. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, J. J. G. **Brançosos e Interconstitucionalidade**: itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. In: **Revista de Estudos Politécnicos**, v. VIII, n. 13, p. 7-18, 2010.

CAPELLA, J.-R. La globalización: ante una encrucijada político-jurídica. In: **Law and justice in a global society**. Anales de La Cátedra Francisco Suárez, Granada, n. 39, 2005.

CARDIAL, A. C. R.; GIANNATTASIO, A. R. C. O Estado de Direito Internacional na Condição Pós Moderna: a força normativa dos princípios de Ruggie sob a perspectiva de uma radicalização institucional. In: BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **A Sustentabilidade da Relação entre Empresas Transnacionais e Direitos Humanos**. Curitiba: CRV, 2016.

CARREAU, D.; JUILLARD, P. **Droit International Économique**. 2. ed. Paris: Dalloz, 2005.

CARTA Aberta à Comunidade Internacional e ao Parlamento Australiano. Disponível em: <http://scott-ludlam.greensmps.org.au/sites/default/files/open_letter_-_mariana_brazil_-_samarco_vale_bhp.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2016.

CASO BARCELONA TRACTION (Bélgica contra a Espanha, 2. fase), Relatórios CIJ, n. 32, p. 33-34, 1970.

CASSESE, A. **International Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

CASSESE, S. **La globalización jurídica**. Trad. Luis Ortega, Isaac Delgado e Isabel Córcoles. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública/Marcial Pons, 2006.

CENTRO DE ACCIÓN LEGAL-AMBIENTAL Y SOCIAL DE GUATEMALA.
Criminalización de Defensores y Defensoras de Derechos Humanos Ambientales que Resisten a la Imposición de Proyectos Mineros. Ciudad de Guatemala: Serviprensa, 2016.

CENTRO REGIONAL DE INFORMAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.** S/d. Disponível em: <<http://www.unric.org/pt/objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

ČERNÍČ, J. L. Corporate Responsibility for Human Rights: A Critical Analysis of the OECD Guidelines for Multinational enterprises. In: **Hanse Law Review**, v. 4, n. 1, 2008.

ČERNÝ, F. Short Flight of the Phoenix: a few thoughts on good faith, the abuse of rights and legality in investment arbitration. In: **Czech Yearbook of International Law**, v. III, p. 183 e ss., 2012.

CHALAMISH, E. The Future of Bilateral Investment Treaties: a de facto multilateral agreement? In: **Brooklyn Journal of International Law**, v. 34, n. 2, p. 303-354, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1543322>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

CHAN Y.-S.; SIEGEL, D.; THAKOR, A. V. Learning, Corporate Control and Performance Requirements in Venture Capital Contracts. In: **International Economic Review**, v. 31, n. 2, p. 365-381, maio 1990.

CHANG H.-J. **Globalisation, economic development and the role of the state.** London/New York: Zed Books, 2004.

CHAZOURNES, L. B. de. The Bretton Woods Institutions and Human Rights: Converging Tendencies. In: BENEDEK, W.; DE FEYTER, K.; MARRELLA, F. (Eds.). **Economic Globalisation and Human Rights.** Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

CHEDLY, L. Ordre public transnational et investissement. In: HORCHANI, F. (Org.). **Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre:** actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006. Paris: A. Pedone, 2007. p. 289-313.

CHEREDNYCHENKO, O. O. Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity? In: **Utrecht Law Review**, v. 3, issue 2, p. 1-25, 2007.

CHERUKUPALLY, A. Union Carbide and the Bhopal Disaster. In: **Global Research**, 18 out. 2011. Disponível em: <<http://www.globalresearch.ca/union-carbide-and-the-bhopal-disaster/27161>>. Acesso em: 07 nov. 2014.

CHETAIL, V. The Legal Personality of Multinational Corporations, State Responsibility and Due Diligence: The Way Forward. In: ALLAND, D.; CHETAIL, V.; FROUVILLE, O. de; VIÑUALES, J. E. (Eds.). **Unity and Diversity of International Law.** Essays in Honour of Prof. Pierre-Marie Dupuy. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014. p. 105-130. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2364450>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

CHEVRON. **Values.** S/d. Disponível em: <<http://www.chevron.com/about/chevronway/>>. Acesso em: 05 out. 2015.

CHILDRESS III, D. E. Forum Conveniens: the search for a convenient forum in transnational cases. In: **Virginia Journal of International Law**, v. 53, n. 1, p. 157-179, 2012.

CHIRWA, D. M. The doctrine of state responsibility as a potential means of holding private actors accountable for human rights. In: **Melbourne Journal of International Law**, v. 5, 2004.

CHOI W.-M. The Present and Future of the Investor-State Dispute Settlement Paradigm. In: DAVEY, W. J.; JACKSON, J. **The Future of International Economic Law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2008.

CHOUDHURY, B. Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit? In: **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 1, p. 735-882, maio 2008. Disponível em: <<https://www.vanderbilt.edu/wp-content/uploads/sites/78/Choudhury-edits-entered-ARJ-final.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

CHOUKROUNE, L. Indian International Investment Agreements and “Non Investment Concerns”: time for a right(s) approach. In: **Jindal Global Law Review**, v. 7, n. 2, p. 157-174, 2016.

CLAPHAM, A. **Human Rights in the Private Sphere**. Oxford: Clarendon, 1993.

_____. Human Rights Obligations of Non-State Actors. In: **International Review of Red Cross**, v. 88, n. 866, p. 491-523, 2006.

_____. Non-state Actors. In: CHETAIL, V. (Ed.). **Postconflict peace-building: a lexicon**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 200-212.

_____; JERBI, S. Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses. In: **Hastings International and Comparative Law Review**, n. 24, p. 339-349, 2001.

CLARK, D. I. The World Bank and Human Rights: the need for greater accountability. In: **Harvard Human Rights Journal**, v. 15, p. 205-226, 2002.

CLARK, I. **Globalizzazione e Frammentazione – le relazioni internazionali nel XX secolo**. Trad. Giancarlo Gasperoni. Bologna: Il Mulino, 2001.

CLÈVE, C. M. Proteção internacional dos direitos do homem nos sistemas regionais americano e europeu. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 1, n. 95, p. 23-72, 1987.

COHEN-JONATHAN, G. Cour Interamericaine des Droits de l’Homme: l’arrêt Velasquez. In: **Revue Générale de Droit International Public**, tome 94, n. 2, 1990.

COMEAUX, P. E.; KINSELLA, N. S. **Protecting Foreign Investment under International Law: Legal Aspects of Political Risk**. New York: Ocean Publications, 1997.

COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE. **Our Global Neighbourhood** - The Report of the Commission on Global Governance. Oxford: Oxford University Press, 1995.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **A Constituição Mexicana de 1917**. S.d. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em: 01 set. 2014.

_____. Capitalismo: Civilização e Poder. In: **Boletim de Ciências Econômicas**, v. LIV, p. 165-217, 2011.

CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL. **Parecer de Iniciativa sobre a Responsabilidade Social das Empresas**. S.d. 12 p. Disponível em: <<http://www.ces.pt/download/84/RSE.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2017.

CORPORATE EUROPE OBSERVATORY. **Critics score against extreme corporate rights in TTIP, but must not be fooled by the Commission's tricks**. S.d. Disponível em: <<http://corporateurope.org/print/1684>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

CORTINA, A. Ética de la Empresa. No sólo Responsabilidad Social. In: **Revista Portuguesa de Filosofia**, v. 65, p. 123-127, 2009.

COSTA, J. A. F. **Direito Internacional do investimento estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA E SILVA, T. R. **Fundamentos Jurídicos para a Regulação Legal da Responsabilidade Social da Empresa**. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009.

COTTIER, T. Challenges Ahead in International Economic Law. In: **Journal of International Economic Law**, v. 12, n. 1, p. 3-22, 2009.

COTTIM, A. A. **Da Vinculação de Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais: Contributo para uma teoria de construção**. Relatório (Mestrado) apresentado à Faculdade de Direito da Faculdade de Lisboa, 2006. Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/privadas.pdf>. Acesso em: 01 set. 2014.

COURTIS, C. **Derechos Sociales, ambientales y relaciones entre particulares: nuevos horizontes**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2007.

_____. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: MONTEIRO, A. P.; NEUNER, J.; SARLET, I. W. (Orgs.). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.

COUTINHO DE ABREU, J. M. **Curso de Direito Comercial**, v. II. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CRAWFORD, J. Multilateral rights and obligations in international Law. In: **Recueil des Cours**, t. 319, p. 325-482, 2006.

CRUZ, P. M.; FERRER, G. Os Novos Cenários Transnacionais e a Democracia Assimétrica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 2, n. 2, p. 96-111, 2010. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/442/2051>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

CRUZ VILLALÓN, P. Formación y evolución de los derechos fundamentales. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 25, p. 35-62, jan./abr. 1989.

CUNHA, J. M. da S.; PEREIRA, M. da A. do V. **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Almedina, 2000.

DAHL, H. S. **Exposición de Motivos**. Ley Modelo Latinoamericana de Protección Internacional de los Derechos Humanos. S.d. Disponível em: <http://www.interamericanbarfoundation.org/Ley_Modelo_Latinoamericana.html>. Acesso em: 14 nov. 2014.

DALLARI, D. de A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DAL RI JR., A. O Direito Internacional Econômico em expansão: desafios e dilemas no curso da história. In: DAL RI JR., A.; OLIVEIRA, O. M. de. (Orgs.). **Direito Internacional Econômico em expansão: desafios e dilemas**. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005.

D'AMATO, A. Human rights as part of customary international law: a plea for change of paradigm. In: **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 47, p. 47-98. 1995-1996.

_____. Is International Law Coercive?. **Faculty Working Papers**, paper 161, 2008. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/161>>. Acesso em: 30 out. 2013.

DAMIÃO DE LIMA, J. **História social dos direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Peirópolis, 2011.

DAMROSCH, L. F. et al. **International law: cases and materials**. 4. ed. Saint Paul: West Group, 2001.

DANAÏLOV, S. **The Accountability of Non-State Actors for Human Rights Violations: the Special Case of Transnational Corporations**. Genebra, out. 1998, p. 4-5. Disponível em: <http://www.humanrights.ch/upload/pdf/000303_danailov_studie.pdf>. Acesso em: 19 out. 2014.

DA ROSA, A. M. O Giro Econômico do Direito ou o Novo e Sofisticado Caminho da Servidão: Para uma Nova Gramática do Direito Democrático no Século XXI. In: NUNES, A. A.; COUTINHO, J. N. de M. (Coords.). **O Direito e o Futuro - O Futuro do Direito**. Coimbra: Almedina, 2008.

DATTU, R. A journey from Havana to Paris: the fifty-year quest for the elusive multilateral agreement on investment. In: **Fordham International Law Journal**, v. 24, issue 1, p. 275-316, 2000.

- DAUGAREILH, I. Droits de l'homme et acteurs économiques. In: MAUREL, O. (Ed.). **La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme**, v. 1 – Nouveaux enjeux, nouveaux rôles. Paris: La Documentation française, 2009. p. 85-124.
- DAVID, E. La responsabilité des entreprises privées qui aident Israël à violer le droit international. In: **Revue Belge de Droit International**, v. XLV, p. 123-146, 2012.
- DE ASÍS ROIG, R. **Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder**. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Editorial Dykinson, 2000. p. 15-17.
- DE BRANBEDERE, E. Non-state actors, state-centrism and human rights obligations. In: **Leiden Journal of International Law**, v. 22, p. 191-209, 2009.
- DELMAS-MARTY, M. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DENG, F. M. et al. **Sovereignty as Responsibility: Conflict Management in Africa**. Washington: The Brookings Institute, 1996.
- DE SCHUTTER, O. Transnational Corporations as instruments of human development. In: ALSTON, P.; ROBINSON, M. **Human rights and development: towards mutual reinforcement**. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- DESIERTO, D. **Necessity and National Emergency Clauses**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- DIAS, B. de F. **Investimentos estrangeiros no Brasil e o direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2010.
- DICKINSON, L. A. Public Law Values in a Privatized World. In: **The Yale Journal of International Law**, v. 31, n. 2, p. 383-426, 2006.
- DIEPEVEEN, R.; LEVASHOVA, Y.; LAMBOOY, T. Bridging the Gap between International Investment Law and the Environment, 4th and 5th November, Haia, The Netherlands. In: **Utrecht Journal of International and European Law**, v. 30, n. 78, p. 145-160, 2014.
- DIMASCIO, N. e PAUWELYN, J. Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: world's apart or two sides of the same coin? In: **American Journal of International Law**, v. 102, p. 48-89, 2008.
- DINE, J. **Companies, International Trade and Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- DIÓGENES JR., J. E. N. Breves apontamentos relacionados à eficácia horizontal dos direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. XV, n. 100, 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura_artigo_id=11762>. Acesso em: 23 set. 2014.

DOLINGER, J. **A evolução da ordem pública no direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1979.

DOLZER, R.; SCHEREUER, C. **Principles of International Investment Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

_____; STEVENS, M. **Bilateral Investment Treaties**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

DONNELLY, J. Human Dignity and Human Rights. In: **Swiss Initiative to Commemorate the 60th Anniversary of the UDHR Protecting Dignity: An Agenda for Human Rights**. Denver: University of Denver, 2009.

DOWARD, D. J. Forum Non Conveniens Doctrine and the Judicial Protection of Multinational Corporations from Forum Shopping Plaintiffs. In: **Journal of International Law**, v. 19, p. 141-168, 2014.

DRABEK, Z. A Multilateral Agreement on Investment: Convincing the Sceptics. In: WORLD TRADE ORGANIZATION. **Staff Working Paper**, ERAD-98-05, jun. 1998. Disponível em: <www.wto.org/english/res_e/reser_e/pera9805.doc>. Acesso em: 28 abr. 2014.

DRAGHICI, C. The development of self-contained regimes as an obstacle to UN global governance. In: HAPPOLD, M. (Ed.). **International Law in a Multipolar World**. London: Routledge, 2012. p. 283-302. Disponível em: <http://www.academia.edu/1825700/The_Development_of_Self-Contained_Regimes_as_an_Obstacle_to_UN_Global_Governance>. Acesso em: 29 out. 2013.

DRAKE, W. J.; NICOLAIDIS, K. Ideas, Interests and Institutionalization: “trade in services” and the Uruguay Round. **International Organization**, v. 46, n. 1, p. 37-100, winter 1992. Disponível em: <http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/shared/summer/WTO2009_readings/AHM1.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2014.

DUARTE, A. P. **O Sistema Monetário Internacional**. Lisboa: Conjuntura Actual, 2015.

DUARTE, M. L. **Direito Internacional Público e Ordem Jurídica Global do Século XXI**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

DUPUY, P. M. L’unité de l’ordre juridique international. In: **Recueil de Cours**, v. 297, 2002.

_____. A Doctrinal Debate in the Globalisation Era: On the “Fragmentation” of International Law. In: **European Journal of Legal Studies**, v. 1, issue 1, p. 25-41, 2007. Disponível em: <<http://www.ejls.eu/current.php?id=1>>. Acesso em: 03 set. 2013.

DUPUY, R.-J. **O Direito Internacional**. Trad. Clotilde Cruz. Coimbra: Almedina, 1993.

DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. 2. ed. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EAGLE, S. J. The Rise and Rise of Investment Backed Expectations. In: **The Urban Lawyer**, v. 32, n. 3, p. 437- 446, 2000.

EASTERBROOK, F.; FISCHER, D. Limited Liability and the Corporation. In: **University of Chicago Law Review**, v. 52, p. 89-117, 1985.

EBERHARDT, P.; OLIVET, C.; AMOS, T.; BUXTON, N. **Profiting from injustice**: how law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom. Bruxelas: CEO, 2012. Disponível em: <<http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

EFILA - European Federation for Investment Law and Arbitration. **A response to the criticism against ISDS**. 17 maio 2015. Disponível em: <http://efila.org/wp-content/uploads/2015/05/EFILA_in_response_to_the-criticism_of_ISDS_final_draft.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2015.

EGGER, M. A sociedade civil do Norte exige um 'Direito sem fronteiras' para as multinacionais (Entrevista a Sergio Ferrari). In: **Agência de Informação Frei Tito para América Latina** (ADITAL), S.d. Disponível em: <http://www.adital.com.br/site/noticia_imp.asp?lang=PT&img=S&cod=62012>. Acesso: em 20 dez. 2014.

EGSTRÖM, V. **Who is responsible for corporate human rights violations?** Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights, 2002. Disponível em: <<http://www.abo.fi/media/24259/report2.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

EIDE, A. Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach. In: **Human Rights Law Journal**, v. 10, n. 1-2, p. 35-51, 1989.

_____; BERGESEN, H. O.; GOYER, P. R. (Eds.). **Human Rights and Oil Industry**. Antwerpen: Intersentia, 2002.

ELKINGTON, J. Towards the sustainable corporation: Win-win-win business strategies for sustainable development. In: **California Management Review**, v. 36, n. 2, p. 90-100, 1994.

ENGLE, E. Third Party Effect of Fundamental Rights (*Drittwirkung*). In: **Hanse Law Review**, v. 5, n. 2, p. 165-173, 2009.

ENNEKING, L. The Future of Foreign Direct Liability? Exploring the international relevance of the Dutch Shell Nigeria Case. In: **Utrecht Law Review**, v. 10, p. 44-54, 2014.

ERLER, G. **Grundprobleme des Internationalen Wirtschaftrechts**. Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co., 1956.

ESCARAMEIA, P. **O Direito Internacional Público nos Princípios do Século XXI**. Coimbra: Almedina, 2003.

ESTERUELAS, C. M. **La Agonía del Estado ¿Um nuevo orden mundial?** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

- ESTORNINHO, M. J. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1999.
- EWING-CHOW, M.; SOH, D. Pain, Gain, or Shame: the Evolutions of Environmental Law and the Role of Multinational Corporations. In: **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, issue 1, p. 195-222, 2009.
- FACCHINI NETO, E. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, I. W. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- FAIRLEY, H. S.; LAWTON, K. **International Human Rights-Based Torts: A New Species of Litigation Risk for Canadian Companies Operating Abroad**. 02 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.lexpert.ca/USGuide-Litigation/featured-articles/international-human-rights-based-torts-a-new-species-of-litigation-risk-for-canadian-companies-operating-abroad-11/>>. Acesso em: 10 nov. 2014.
- FARIA COSTA, J. de A. Linha. In: PINTO RIBEIRO, J. A. (Coord.). **O Homem e o Tempo - Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira**. Porto: Fundação Eng. Antonio de Almeida, 1999.
- FARKHUTDINOV, I. Z. Foreign Investor and Host State: Need for Balance Interests. In: **Czech Yearbook of International Law**, v. II, p. 231-246, 2011.
- FASSBENDER, B.; PETERS, A. et al. **The Oxford Handbook of the History of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- FAUCHALD, O. K.; STIGEN, J. Corporate responsibility before international institutions. In: **The George Washington International Law Review**, v. 40, n. 4, p. 1027-1096, 2009.
- FAUNDEZ, J. International Economic Law and Development: before and after neoliberalism. In: FAUNDEZ, J.; TAN, C. (Eds.). **International economic law, globalization and developing countries**. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.
- _____; TAN, C. (Eds.). **International economic law, globalization and developing countries**. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.
- FEATHERBY, J. (Ed.). **Global Business & Human Rights Jurisdictional Comparitions - European Lawyer Reference Series**. S.l.: The European Lawyer, 2011.
- FEENEY, P. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de *advocacy*. In: **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 175-191, 2009.
- FEITOSA, M. L. P. de A. M. **Paradigmas Inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. 2005. Tese (doutorado em Ciências Jurídico-Econômicas) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005.

FERNÁNDEZ, F. V. **La Responsabilidad Internacional de Naciones Unidas**: fundamento y principales problemas de su puesta en práctica. Madrid: Dykinson/Instituto de Derecho Humanos Bartolomé de las Casas/Universidad Carlos III, 2002.

FERRAJOLI, L. **Diritti fondamentali: un dibattito teorico**. Roma: Laterza, 2002.

FLOH, F. Direito internacional contemporâneo: elementos para a configuração de um direito internacional na ordem internacional neo-vestfaliana. In: CASELLA, P. B. et. al. **Direito internacional, humanismo e globalidade**. São Paulo: Atlas, 2008.

FMI - Fundo Monetário Internacional. S.d. **Framework of Direct Investment Relationship**. S.d. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/np/sta/cdis/pdf/060508a.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2014.

FØLLESDAL, A. Human Rights Investment Filters: a defense. In: FØLLESDAL, A. et. al. **Human Rights, Corporate Complicity and Disinvestment**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

FRANCK, S. D. Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration'. In: **North Carolina Law Review**, v. 86, n 1, p. 1-88, 2007.

_____. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions. In: **Fordham Law Review**, v. 73, p. 1521-1625, 2005.

FRIEDMAN, L. M. Borders: On the Emerging Sociology of Transnational Law. In: **Stanford Journal of International Law**, v. 32, p. 65-90, 1996.

FRIEDMAN, M. **The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits**. New York: Magazine, 1970.

FUKUYAMA, F. **O fim da história e o último homem**. Trad. Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GARCIA, F. J. Globalization and the Theory of International Law. In: **International Legal Theory**, v 11, p. 9-26, 2005.

GARCIA, M. L. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. In: **Novos Estudos Jurídicos**, v. 10, n. 2, 2005.

GARCÍA-MORA, M. R. The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law. In: **Marquette Law Review**, v. 33, n. 4, p. 205-219, 1950.

GASSER, U. Responsibility for human rights violations, acts or omissions, within the 'sphere of influence' of companies. In: **Berkman Center Research Publication**, n. 12, 2007. 18 p. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1077649>>. Acesso em: 25 out. 2014.

GATTO, A. **Multinational enterprises and human rights**: obligations under EU law and international law. Northampton: Edward Elgar, 2011.

GAZZINI, T. General Principles of Law in the Field of Foreign Investment. In: **The Journal of World Investment and Trade**, v. 10, n. 1, p. 103-119, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1763365>>. Acesso em: 13 maio 2014.

GET INSPIRED. Peça Publicitária. 2014. 1 min 40 s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=RAwyN7izOck>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

GIDDENS, A. **The Consequences of Modernity**. Stanford: Stanford University Press, 1990.

GLOBAL CAMPAIGN TO DISMANTLE CORPORATE POWER AND STOP IMPUNITY. 8 Proposals for the new legally binding international instrument on transnational corporations (TNCs) and human rights. Jun. 2015. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session1/Global_Campaign_to_Dismantle_Corporate_Power_andStop_Impunity_June-2015_en.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2015.

GLOBAL EXCHANGE. **Top 10 Corporate Criminals List**. 2016. Disponível em: <<http://www.globalexchange.org/corporateHRviolators>>. Acesso em: 19 out. 2014.

GONÇALVES, P. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Almedina, 2008.

GONÇALVES, R. M. V. Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas. In: **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, v. 1, n. 1, p. 409-444, 2005.

GONZÁLEZ, E.; RAMIRO, P. Multinacionales, impactos y desigualdades de género. In: **Pueblos**, n. 55, p. 12-13, 2013.

GONZÁLEZ, M.- J. La Ética Económica de La Escuela de Salamanca. In: GONZÁLEZ, M. de la C.; DUPLÁ, L. R. (Coords.). **Responsabilidad Social Corporativa**. Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia Salamanca, 2004.

GÖRG, H.; JABBOUR, L. Multinational Enterprises and Foreign Direct Investment: introduction. In: **The World Economy**, v. 32, n. 1, jan. 2009.

GOTZMANN, N. Legal Personality of the Corporation and International Criminal Law: Globalisation, Corporate Human Rights Abuses and the Rome Statute. In: **Queensland Law Student Review**, v. 1, n. 1, p. 38-54, 2008.

GOUGH, L. **Trading the World's Markets: Interviews with the Great Global Investors**. Cingapura: John Wiley & Sons, 2000.

GOUVEIA, J. B. **Textos fundamentais de direito internacional**. 2. ed. Lisboa: Editorial Notícias, 2012.

GRAÇA, J. F. de O. **A natureza jurídica do contrato de investimento: subsídios para uma construção a partir da influência do direito do investimento estrangeiro**. 2013. Dissertação (mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) - Coimbra, Universidade de Coimbra, 2013.

GRANDI, J. Ciudadanía, entre la globalización y la integración. In: PODESTÁ, B. et al. **Ciudadanía y mundialización**. Madrid: Cefir/Cideal/Invesp, 2000.

GREENE, J.; VILLANUEVA, D. Private Investment in Developing Countries. In: **Staff Papers**, v. 38, n. 1, p. 33-58, 1991.

GREPPI, E. The evolution of individual criminal responsibility under international law. In: **International Review of the Red Cross**, v. 81, issue 835, p. 531-553, 1999. Disponível em: <<https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq2x.htm>>. Acesso em: 18 set. 2014.

GROTIUS, H. **O Direito da Guerra e da Paz**. Trad. Ciro Mioranza. Florianópolis: Unijuí/Fondazione Cassamarca, 2004. 2 v.

GUEDES, N. **Caso Lüth**: decisão judicial que virou celebridade. 13 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.midiajur.com.br/conteudo.php?cid=15928&sid=240>>. Acesso em: 20 set 2014.

GUERRA, B. P. de L. R. **Direito internacional dos direitos humanos**: a nova mentalidade emergente pós-1945. Curitiba: Juruá, 2007.

GUERRA, S. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GUEVARA, J. A. La Corte Penal Internacional. In: MARTÍN, C.; RODRÍGUEZ-PINZÓN, D.; GUEVARA, J. A. **Derecho internacional de los derechos humanos**. Ciudad de México: Fontamara, 2004. p. 694 e ss.

GUILLÉN, M. F. **Understanding and Managing the Multinational Firm**. S.l.: University of Pennsylvania, s.d. Disponível em: <<http://www-management.wharton.upenn.edu/guillen/files/mneconcept.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

GUZMAN, A. T. International Soft Law. **The Journal of Legal Analysis**, v. 2, n. 1, p. 171-225, spring 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1353444##>. Acesso em: 14 mar. 2017.

HAARSCHER, G. **Filosofia dos Direitos do Homem**. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

HABERLE, P. A dignidade da pessoa humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, I. W. (Org.). **Dimensões da dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HABERMAS, J. **Ensaio sobre a constituição da Europa**. Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2012. p. 77-128.

_____. **O Futuro da Natureza Humana**: a caminho de uma eugenia liberal? Trad. Maria Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2002.

HADARI, Y. The Structure of the Private Multinacional Enterprise. In: **Michigan Law Review**, v. 71, p. 729-754, 1973.

HAGIWARA, K. **The Principle of Integration in Sustainable Development Through the Process of Treaty Interpretation**: Addressing the Balance Between Consensual Constraints and Incorporation of Normative Environment. 2013. Tese (doutorado) - University of Ottawa, Ottawa, 2013.

HARRISON, J. **The human rights impact of the world trade organisation**. Oxford/Portland: Hart, 2007.

_____. Human rights and transnational corporations: establishing meaningful international obligations. In: FAUNDEZ, J.; TAN, C. (Eds.). **International economic law, globalization and developing countries**. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.

HART-DAVIS, A. **Grande Enciclopédia da História: da Aurora da Civilização à Actualidade**. Trad. Sofia Gomes. Porto: Civilização Editores, 2007.

HARTIGAN, J. Determinantes Econômicas do Investimento Estrangeiro Direto da União Européia no Brasil. ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA DA ANPEC, 16., Foz do Iguaçu, 10-13 dez. 2013. **Resumos...**, Anpec, Foz do Iguaçu, 2013. Disponível em: <www.corecon-sc.org.br/site/upload/monografias/20072.doc>. Acesso em: 02 maio 2014.

HATHAWAY, O. A. Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law. In: **University of Chicago Law Review**, v. 71, p. 469-536, maio 2005.

HAUSER, D. La protección internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del desarrollo. In: ANNONI, D. **Os novos conceitos do novo direito internacional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 109-123.

HEGARTY, A.; SIOBHAN, L. (Eds.). **Human rights**: an agenda for the 21st century. London: Cavendish Publishing Limited, 1999.

HERKENHOFF, J. B. **Curso de Direitos Humanos**, v. I. São Paulo: Acadêmica, 1994.

HERZ, S.; HERBERTSON, K.; PERRAULT, A. **The International Finance Corporation's performance standards and the Equator Principles: respecting human rights and remedying violations?** Bank Information Center/BankTrack/Center for International Environmental Law/Oxfam Australia/World Resources Institute August: Austrália, 2008. Disponível em: <http://www.banktrack.org/download/the_international_finance_corporation_s_performance_standards_and_the_equator_principles_respecting_human_rights_and_remedying_violations_0_final_ruggie_submission_august_6.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015.

HESSE, K. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. 20. ed alemã. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1998.

HILPOLD, P. The Duty to Protect and the Reform of the United Nations – A New Step in the Development of International Law? In: **Max Planck Yearbook of United Nations**, v. 10, p. 35-69, 2006. Disponível em: <http://www.mpil.de/shared/data/pdf/pdfmpunyb/02_hilpoldii.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2012.

HIRSCH, M. Compliance with Investment Treaties: when are states more likely to breach or comply with investment treaties? In: BINDER, C. et al. **International investment law for the 21st century: essays in honour of Christoph Schreuer**. New York: Oxford University Press, 2009a.

_____. Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths. In: DUPUY, P.-M.; FRANCONI, F; PETERSMANN, E.-U. (Eds.). **Human rights in international investment law and arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009b.

_____. Sources of International Investment Law. In: **International Law Association Study Group on the Role of Soft Law Instruments in International Investment Law**, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1892564>>. Acesso em: 20 maio 2014.

_____. The Sociology of International Investment Law. In: ZACHARY, D.; PAUWELYN, J.; VIÑUALES, J. (Eds.). **The foundations of international investment law: bringing theory into practice**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

HITCHON, J. U.S. Kiobel Decision Bucks 30 Years of Precedent. **Inter Press Service**, Washington, 18 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.ipsnews.net/2013/04/u-s-kiobel-decision-bucks-30-years-of-precedent/>>. Acesso em: 06 nov. 2014.

HOBBS, T. **Leviatã ou A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

HOBÉR, K.; DAHLQUIST, J. International Investment Protection Regimes in the Energy Sector. In: **German Yearbook of International Law**, v. 56, p. 149-183, 2013.

HOBBS, E. J. **O novo século: entrevista a Antonio Polito**. Trad. de Allan Cameron e Claudio Marcondes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. **A Era das Revoluções: Europa 1789-1848**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

HODGSON, M. Counting the costs of investment treaty arbitration. In: **Global Arbitration Review**, mar. 2014. Disponível em: <<http://www.globalarbitrationreview.com>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

HÖFFKEN, J. More than regional investment protection – ISDS in the EU-US trade agreement. In: **Global Policy**, 2014. Disponível em: <<http://www.globalpolicyjournal.com/blog/08/05/2014/more-regional-investment-protection-EU-US-ISDS>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

HOMEM, A. P. B. **História das Relações Internacionais: o direito e as concepções políticas na Idade Moderna**. Coimbra: Almedina, 2003.

HORTA, K. Rhetoric and Reality: Human Rights and the World Bank. In: **Harvard Human Rights Journal**, v. 15, p. 227-243, 2002.

HOUE, M.-F. Novel Features in Recent OECD Bilateral Investment Treaties. In: OECD. **International Investment Perspectives**. Paris: OECD, 2006. p. 143-181.

HOUSE OF LORDS. **Torture (Damages) Bill**. Bill to make provision for actions for damages for torture; and for connected purposes. HL Bill 30, Londres, 5 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldbills/030/2008030.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

HOWELL, R. **Do your investments destroy or care for the planet?** The Ecumenic Council for Corporate Responsibility, s.d. Disponível em: <<http://www.thesis.xlibx.info/other/339794-1-do-your-investments-destroy-care-for-the-planet-robert-howell-i.php>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

HUANG X. Y.; CHENG, D. C. Y. Protection of International Investment – The Study of Establishing Appellate Mechanisms in International Investment Arbitration. In: **International Review of Management and Business Research**, v. 3, issue 4, p. 1819-1827, dez. 2014.

HUHN, W. R. The State Action Doctrine and the Principle of Democratic Choice. In: **Hofstra Law Review**, v. 34, p. 1379-1460, 2010.

HUIJSTEE, M. van; RICCO, V.; CERESNA-CHATURVERDI, L. **Como usar os Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas para pesquisa e incidência: Um guia para organizações da sociedade civil**. Amsterdam: SOMO, 2013.

HUMAN RIGHTS COUNCIL. **Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts**. 09 fev. 2007. Disponível em: <<https://business-humanrights.org/sites/default/files/media/bhr/files/SRSG-report-Human-Rights-Council-19-Feb-2007.pdf>>. Acesso em 21 mar. 2017.

_____. **Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development**. 25 jun. 2014. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G14/064/48/PDF/G1406448.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

ICHR - International Council of Human Rights Policy. **Duties sans Frontières: Human rights and global social justice**. Geneva, 2003. Disponível em: <<http://www.droitsansfrontieres.ch/fr/>>. Acesso em 20 dez. 2014.

ICSID - International Centre for Settlement of Investmeny Disputes. **About ICSID**. S.d. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/AboutICSID_Home.jsp>. Acesso em: 30 abr. 2014.

_____. **About CSID**. S.d. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/AboutICSID_Home.jsp>. Acesso em: 08 maio 2014.

INGLATERRA. Constituição (1215). Magna Carta, outorgada pelo Rei João Sem Terra, em Runnymede, perto de Windsor, no ano de 1215. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/magna.htm>>. Acesso em: 01 set. 2014.

INMETRO. **ISO 26000** - Diretrizes em Responsabilidade Social. 2010. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/responsabilidade_social/iso26000.asp>. Acesso em: 15 jun. 2014.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. **Report of the Sixty-ninth Conference**. London Conference, 2000. Disponível em: <<http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>>. Acesso em: 02 maio 2014.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION COMMITTEE ON THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT. **Conference Report Rio 2008**. 2008. Disponível em: <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1015>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

ISA, F. G. International Protection of Human Rights. In: ISA, F. G.; FEYTER, K. de. (Eds.). **International Human Rights Law in a Global Context**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2009.

ISHIKAWA, T. Third party participation in investment treaty arbitration. In: **International and Comparative Law Quarterly**, v. 59, issue 2, p. 373-412, abr. 2010.

JACKSON, J. H. International Economic Law: Reflections on the “Boilerroom” of International Relations. In: **American University Law Review**, v. 10, n. 2, p. 595-606, 1995.

JACOB, M. International Investment Agreements and Human Rights. In: **INEF Research Paper Series on Human Rights, Corporate Responsibility and Sustainable Development**, 03/2010. Duisburg: Institute for Development and Peace/University of Duisburg-Essen, 2010.

JÄGERS, N. **Corporate Human Rights Obligation: in search of accountability**. Antwerpen: Intersentia, 2002.

_____; WILLEN VAN, G. **Corporations and Human Rights: Moving Beyond ‘Principled Pragmatism’ to ‘Ruggie-Plus’**. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1844203>>. Acesso em: 03 nov. 2014.

JAYME, E. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne: cours général de droit international privé. In: **Recueil des Cours de l’Académie de Droit International**, t. 251, p. 9-268, 1995.

JELLINEK, G. **La dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino**. Trad. Damiano Nicilla. Milão: Giuffré Editore, 2002.

JENSEN, N. M. **Nation-states and the multinational corporation: a political economy of foreign direct investment**. Princeton/Oxfordshire: Princeton University Press, 2008.

JESSUP, P. C. **Direito Transnacional**. Trad. Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

JOEL, P. R. The New Movements in International Economic Law. In: **American University International Law Review**, v. 10, n. 2, p. 607-617, 1995.

JOHNS, F. The invisibility of the transnational corporation: an analysis of international Law and legal theory. In: **Melbourne University Law Review**, v. 19, p. 893-923, 1994.

JONAS, H. **El principio de responsabilidad**: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Herder, 1995.

JUBILUT, L. L. Os pactos internacionais de direitos humanos. In: ALMEIDA, G. A. de. E PERRONE-MOISÉS, C. **Direito internacional dos direitos humanos**: instrumentos básicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

JUILLARD, P. Bilateral Investment Treaties in the context of Investment Law. In: OECD. **Investment Compact Regional Roundtable on Bilateral Investment Treaties for the Protection and Promotion of Foreign Investment in South East Europe**. Dubrovnik, 2001. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/1894794.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2014.

JULIAN, P. **Bill C-354 (Historical)**. An Act to amend the Federal Courts Act (international promotion and protection of human rights). Disponível em: <<http://openparliament.ca/bills/40-3/C-354/?tab=mentions>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTO, A. S. **Nótulas do pensamento jurídico**: história do direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

KACZOROWSKA, A. **Public International Law**. 4. ed. Nova York: Routledge, 2010.

KALDERIMIS, D. Systemic Integration and International Investment Law – Some Practical Reflections. In: SIEL BIENNIAL GLOBAL CONFERENCE, 3., 2012, Cingapura. **Working Paper**, n. 2012/46. Disponível em: <<http://ssrn.com/link/SIEL-2012-Singapore-Conference.html>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

KALECK, W.; SAAGE-MAAß, M. Corporate accountability for human rights violations amounting to international crimes. In: **Journal of International Criminal Justice**, v. 8, p. 941-952, 2010.

KAMCHIBEKOVA, D. State Responsibility for Extraterritorial Human Rights Violations. In: **Buffalo Human Rights Review**, v. 13, p. 87-150, 2007.

KAMMERHOFER, J. Law-Making by Scholarship? The Dark Side of 21st Century International Legal Methodology. In: CRAWFORD, J.; NOUWEN, S. (Eds.) **Select Proceedings of the European Society of International Law**: Third volume: International Law 1989-2010: A performance Appraisal. Cambridge: Hart, 2012. Disponível em: <http://www.esil-en.law.cam.ac.uk/Media/Draft_Papers/Agora/Kammerhofer.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2013.

KAMMINGA, M. T. Corporate Obligations under International Law. In: CONFERENCE OF THE INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 71., Berlim, 17 ago 2004. **Paper**. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/issues/globalization/business/docs/kamminga.doc>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____.; SCHEININ, M. **The impact of Human Rights Law on Genereal International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

KANT, I. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KANWAR, V. The Concept of Coercion in International Law. In: **Jindal Global Legal Research Paper**, Sonipat, n. 12, ago. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1915215>>. Acesso em: 30 out. 2013.

KATUOKA, S.; DAILIDAITE, M. Responsibility of Transnational Corporations for Human Rights Violations: deficiencies of international legal background and solutions offered by national and regional legal tools. In: **Jurisprudence**, 19(4), p. 1301-1316, 2012.

KELSEN, H. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KENNEDY, D. International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion. In: **Quarterly Law Review**, v. 17, p. 99-138, 1977.

KENNEDY, J. Protecting Regulatory Measures in Investment Treaty Law. In: **Czech Yearbook of International Law**, v. IV, p. 4 e ss., 2013.

KINOSHITA, F. Apontamentos gerais sobre o Direito Internacional Econômico. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 52, abr. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura_artigo_id=5914>. Acesso em: 15 fev. 2014.

KIRKBY, M. A Contratação Pública nos Sectores Especiais. In: **Estudos de Contratação Pública II**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. **Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

_____. The Growing Rapprochement between International and National Law. In: STURGESS, G; ANGHIE, A. (Eds.). **Visions of the Legal Order in the 21st century**. Essays in Honour of Judge CJ Weeramantry. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1998. Disponível em: <http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/former-justices/kirbyj/kirbyj_weeram.htm>. Acesso em: 23 out. 2013.

KISHOIYIAN, B. The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law. In: **Northwestern Journal of International Law & Business**, v. 14, p. 372, 1994.

KLABBERS, J. **International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

_____. (Org.). **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

KLIPPENSTEIN BARRISTER & SOLICITORS. **Lawsuits against Canadian company HudBay Minerals Inc. over human rights abuse in Guatemala**. S.d. Disponível em: <<http://www.chocversushudbay.com>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

KNOX, J. H. Horizontal Human Rights Law. In: **American Journal of International Law**, v. 102, n. 1, p. 1-47, 2008.

KOLIEB, J. Corporate accountability and gutting the US Alien Tort Statute. **The Conversation**, 25 abr. 2013. Disponível em: <<http://theconversation.com/corporate-accountability-and-gutting-the-us-alien-tort-statute-13752>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

KONONOV, O. International Investment Law: Is it time to change the traditional BIT System? In: **Czech Yearbook of International Law**, v. II, p. 123 e ss., 2011.

KORTEN, D. **Quando as corporações regem o mundo**. Trad. Anna Terzi Giova. São Paulo: Futura, 1996.

KOSKENIEMMI, M. The Legacy of the 19th Century. In: ARMSTRONG, D. (Ed.). **Routledge Handbook of International Law**. New York: Routledge, 2009. p. 141-153. Disponível em: <<http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskeniemi/MKLEGACY%20OF%20THE%2019TH%20CENTURY-07e.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

_____. Empire and International Law: The Real Spanish Contribution. In: **University of Toronto Law Journal**, v. 61, n. 1, p. 1-36, 2011. Disponível em: <<http://utpjournals.metapress.com/content/5160123m80433248/fulltext.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

_____; LEINO, P. Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties. In: **Leiden Journal of International Law**, v. 15, n. 3, p. 553-579, 2002.

KOZUKA, S. The Economic Implications of Uniformity in Law. In: **Revue de Droit Uniforme**, v. 12, n. 4, p. 683-695, 2007.

KREMNITZER, M. A possible case for imposing criminal liability on corporations in international criminal law. In: **Journal of International Criminal Justice**, v. 8, p. 907-918, 2010.

KRIEBAUM, U. Expropriation. In: BUNGENBERG, M.; GRIEBEL, J.; HOBE, S.; REINISCH, A. (Eds.). **International Investment Law**. Baden-Baden: Nomos, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2295979>>. Acesso em: 23 dez. 2015.

_____. Foreign Investments & Human Rights: the actors and their different roles. In: **Transational Dispute Management**, v. 10, n. 1, 2013. Disponível em: <www.biicl.org/files/5640_ursula_kriebaum.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.

_____. Privatizing Human Rights: the interface between international investment protection and human rights. In: REINISCH, A., KRIEBAUM, U. (Eds.) **The Law of International**

Relations - Liber Amicorum Hanspeter. Neuhold: Eleven International Publishing, 2007. p. 165-189.

_____; SCHEREUER, C. The concept of property in human rights law and international investment law. In: BREITENMOSER, S.; EHRENZELLER, B.; SASSOLI, M.; STOFFEL, W.; WAGNER PFEIFER, B. (Eds.). **Human Rights, Democracy and the Rule of Law**: Liber Amicorum Luzius Wildhaber. Baden-Baden: Dike, 2007. Disponível em: <www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/88_concept_property.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.

KROMMENDIJK, J.; MORIJN, J. Proportional by What Measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor State Arbitration. In: DUPUY, P.-M.; FRANCIONI, F.; PETERSMANN, E.-U. (Eds.). **Human rights in international investment law and arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

KULICK, A. **Global public interest in international investment law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

KUMM, M. Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law. In: **German Law Journal**, v. 7, n. 4, p. 341-369, 2006. Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol07No04/PDF_Vol_07_No_04_341-370_Articles%20Kumm.pdf>. Acesso em: 25 set. 2014.

KUNSTLER, J. H. **O Fim do Petróleo, o grande desafio do século XXI**. Trad. Maria Carvalho. Lisboa: Editorial Bizâncio, 2006.

KURTZ, J. Building legitimacy through interpretation in investor-state arbitration. In: ZACHARY, D.; PAUWELYN, J.; VIÑUALES, J. (Eds.). **The foundations of international investment law: bringing theory into practice**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

LAGET, P. **La liste noire des multinationales**. Paris: L'Harmattan, 2013.

LAIRD, I. Interpretation in International Investment Arbitration - Through the Looking Glass. In: WERNER, J.; ALI, A. H. **A Liber Amicorum**: Thomas Wälde - Law Beyond Conventional Thought. Londres: CMP Publishing, 2009.

LALIVE, P. On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration. In: **Czech Yearbook of International Law**. v. II, p. 141 e ss., 2011.

LANGE, R. de. Diverge, Fragmentation and Pluralism. In: PETERSEN, H.; ZAHLE, H. (Eds.). **Legal polycentricity: consequences of pluralism in law**. Aldershot: Dartmouth, 1995.

LAVOURAS, M. M.; ALMEIDA, T. Bens Públicos Globais: A Problemática da sua Definição e Financiamento. **Boletim de Ciências Econômicas**, LII, 2010.

LAVRANOS, N. Regulating Competing Jurisdictions Among International Courts and Tribunals. In: **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, v. 68, p. 575-621, 2008.

LAWSON, R. Out of control. State Responsibility and Human Rights: Will the ILC's definition of the 'act of state' meet the challenges of the 21st Century?. In: CASTERMANNNS-HOLLEMAN, M.; HOOFF, F. van; SMITH, J. (Eds.). **The Role of the Nation-State in the 21st Century**. Human Rights, International Organisations and Foreign Policy. Essays in Honor of Peter Baehr. Haia: Kluwer Law International, 1998. p. 91-116.

LEE, V. Enforcing the Equator Principles: an NGO's principled effort to stop the financing of a paper pulp mill in Uruguay. In: **Northwestern Journal of International Human Rights**, v. 6, issue 2, p. 354-376, spring 2008. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol6/iss2/6>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

LEHAVI, A.; LICHT, A. BITS and Pierces of Property. In: **The Yale Journal of International Law**, v. 36, n. 1, p. 115 e ss., 2011.

LEPORI, A. **Témoignages**. S/d. Disponível em: <<http://www.droitsansfrontieres.ch/fr/soutien/>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

LETNES, B. Foreign Direct Investment and Human Rights: an ambiguous relationship. In: **Forum for Development Studies**, n. 1, p. 1-57, 2002.

LEVINAS, E. **Ética e Infinito**. Trad. João Gama. Lisboa: Edições 70, 2010.

LEVINE, E. 'Amicus Curiae' in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation. In: **Berkeley Journal of International Law**, v. 29, issue 1, p. 200 e ss., 2011.

LINDAHL, H. **Fault lines of globalization: legal order and the politics of a-legality**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

LINDROOS, A.; MEHLING, M. Dispelling the Chimera of 'Self-Contained Regimes' International Law and the WTO. In: **European Journal of International Law**, v. 16, n. 5, p. 857-877, 2005.

LINUSSON, J. **International Investment Law**: issues with investment treaties and a suggestion on how to change the calculation of compensation. Lund: Universidade de Lund, 2014. 25 p. Disponível em: <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=4918452&fileId=4986391>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

LLORET, J. F. **Responsabilidad Internacional del Estado y Derechos Humanos**. Alicante: Tecnos, 1998.

LOCHAK, D. **Les droits de l'homme**. Paris: La Découverte, 2002.

LOMAX, M. The Court of Star Chamber - A Tudor Creation? **Proceedings of Oklahoma Academy of Science**, v. 45, p. 167-172, 1965. Disponível em: <http://digital.library.okstate.edu/oAs/oas_pdf/v45/p167_172.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2014.

LOONEY, R. New International Economic Order. In: JONES, R. J. B. (Ed.). **Encyclopedia of International Political Economy**. Londres: Routledge, 1999. Disponível em:

<<http://americanempireproject.com/empiresworkshop/chapter5/NewInternationalEconomicOrder.doc>>. Acesso em: 21 set. 2013.

LOPES, C. Crescimento económico e desigualdade: As novidades pós-Consenso de Washington. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 94, p. 3-20, 2011.

LOPES, D. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação. In: **Julgar**, n. 14, p. 47-75, 2011.

LOPES, J. A. A. Imputação de condutas ao Estado e responsabilidade internacional. In: **Revista de Direito e Economia**, ano 16-19, p. 222, 1990-1993.

LOSCO, M. A. Charting a new course: Metal-Tech v. Uzbekistan and the treatment of corruption in investment arbitration. In: **Duke Law Journal Online**, v. 64, p. 37-52, nov 2014.

LOUREIRO, J. C. ‘É Bom Morar no Azul’: A Constituição Mundial Revisitada. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, v. LXXXII, p. 181-212, 2006.

_____. **Adeus ao Estado Social?**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. Desafio de Témis, Trabalho dos Homens (Constitucionalismo, Constituição Mundial e “Sociedade de Risco”). **Nação e Defesa**, n. 97, 2. série, separata, p. 43-59, primavera 2001.

_____. Prometeu, Golem & Companhia. Bioconstituição e Corporeidade numa “Sociedade (Mundial) de Risco” In: **Boletim da Faculdade de Direito**, v. LXXXV, p. 151-196, 2009.

LOWENFELD, A. F. **International Economic Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LUBBERS, J. S. **A Guide to Federal Agency Rulemaking**. 4. ed. Chicago: American Bar Association, 2006.

LUCK, E. C. The United Nations and the Responsibility to Protect. In: **Policy Analysis Brief**, p. 1-12, ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stanleyfoundation.org/publications/pab/LuckPAB808.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2012.

LUHMANN, N. **Introdução à teoria dos sistemas**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

MACCRORIE, B. F. da S. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

MACHADO, J. **Liberdade de Expressão**. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

_____. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. **Direito Internacional: Do Paradigma Clássico ao Pós 11 de Setembro**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MACKEY, J.; SISODIA, R. **Capitalismo consciente**. Como libertar o espírito heroico dos negócios. São Paulo: HSM, 2013.

MACLACHLAN, C. The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention. In: **International Comparative Law Quarterly**, v. 54, p. 279-320, abr. 2005.

MAGALHÃES, J. C. de. **Direito Econômico Internacional**. Curitiba: Juruá, 2008.

MAISONNETT, L. H. Um Panorama Histórico do Direito Internacional Econômico: Desafios para um mundo globalizado. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, ano 1, n. 8, p. 4775-4796, 2012.

MANN, H. **International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities**. S.l.: International Institute for Sustainable Development, 2008. Disponível em: <http://www.iisd.org/pdf/2008/iaa_business_human_rights.pdf>. Acesso em: 20 maio 2014.

_____; MOLTKE, K. van; PETERSON, L. E.; COSBEY, A. **IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development**. IISD, abr. 2005. Disponível em: <https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2015.

MAQUIAVEL, N. **O Príncipe**. Trad. Lívio Xavier. São Paulo: Edipro, 1995.

MARAVALL, J. A. **Estado moderno y mentalidad social**. Madrid: Alianza Editorial, 1986.

MARKS, S. Empire's Law. In: **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 10, p. 449-466, 2003.

MARQUES, M. M. L.; MOREIRA, V. **A Mão Visível: mercado e regulação**. Coimbra: Almedina, 2008.

MARTINEZ, A. Invoking State defenses in investment treaty arbitration. In: WAIBEL, M.; KAUSHAL, A.; CHUNG K.-H., L; BALCHIN, C. (Eds.). **The backlash against investment arbitration: perceptions and reality**. Países Baixos: Kluwer Law International, 2010.

MARTÍN-ORTEGA, O. **Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional**. Barcelona: Bosch, 2008.

_____. La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad. In: ZAMORA, F. J.; CÍVICO, J. G.; PALLARÉS, L. S. (Eds.). **La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos**. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá/Servicio de Publicaciones, 2013. p. 167-192.

MARTINS, A. D'O. **Os Espaços Constitucionais Comuns: Teoria e Realidade Europeia**. S/d. Disponível em: <<http://www.iberoinstitucional.com.ar/wp-content/uploads/2013/09/1D-001.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2013.

- MARTINS, A. M. G. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2012.
- MARTINS, R. C. **O Método da Fronteira: radiografia histórica de um dispositivo contemporâneo (matrizes ibéricas e americanas)**. Coimbra: Almedina, 2007.
- MARTINS, T. P. **A eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas entre operadoras de planos de assistência à saúde e seus beneficiários**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito de Empresa) - Faculdade de Direito Milton Campos: Nova Lima, 2010.
- MARX, K.; ENGELS, F. **Manifesto do Partido Comunista**. 3. ed. Lisboa: Avante, 1997.
- MATES, P.; BARTOŇ, M. Public versus Private Interest – Can the Boundaries Be Legally Defined? In: **Czech Yearbook of International Law**, vol. II, p. 171 e ss., 2011.
- MAUPIN, J. A. Public and Private in International Investment Law: an integrated systems approach. In: **Virginia Journal of International Law**, v. 54, n. 2, p. 367-435, 2014.
- MAUREL, O. L'appel à une nouvelle responsabilité des entreprises. In: **La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme**. Paris: La Documentation française, 2009.
- MAZZUOLI, V. de O. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MCCRUIDEN, C. Human Dignity in Human Rights Interpretation. In: **European Journal of International Law**, v. 19, p. 655-724, 2008.
- MCINERNEY-LANKFORD, S. Fragmentation Of International Law Redux: The Case Of Strasbourg. In: **Oxford Journal Of Legal Studies**, n. 32.3, p. 609-632, 2012.
- MCLACHLAN, C. Investment Treaties and General International Law. In: **International and Comparative Law Quarterly**, v. 57, p. 361-401, 2008.
- MEDEIROS, E. R. **Economia Internacional**, 4. ed. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas/ Universidade Técnica de Lisboa, 1994.
- MEERAN, R. Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: an overview of the position outside the United States. In: **City University of Hong Kong Law Review**, v. 3:1, p. 1-41, 2011.
- MEGRÉT, F. Globalization and International Law. In: **Max Planck Encyclopedia of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=120078>. Acesso em: 15 mar. 2017.
- MEIRELLES, J. M. L. de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MELLO, C. de A. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. **Responsabilidade Internacional do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 224, p. 239-284, 2001.

MENDONÇA, A. **A crise econômica e a sua forma contemporânea**. Lisboa: Editorial Caminho, 1990.

MERCAI, P. **Les entreprises multinationales en droit international**. Bruxelles: Bruylant, 1993.

MICHAELS, R.; PAUWELYN, J. Conflict of Norms or Conflict of Laws?: Different Techniques in the Fragmentation of International Law. In: **Duke Journal of Comparative & International Law**, n. 22, p. 349-376, 2012.

MICHELINÉ, I. **The history of human rights**: from ancient times to the globalization era. Los Angeles: University of California Press, 2004.

MICHELMAN, F. I. Property, Utility, and Fairness: comments on the ethical foundations of 'just compensation' law. In: **Harvard Law Review**, v. 80, n. 6, p. 1165-1258, 1967.

MICHELSON, S.; SABBAGH, H. **Stockholm as a neutral place for arbitration**. Hellström Advokatbyrå, 2006. Disponível em: <http://iln.com/articles/pub_245.pdf>. Acesso em: 10 maio 2014.

MIGA. **Relatório Anual de 2013**. 2013. Disponível em: <http://www.miga.org/documents/MIGA_AR13_Portuguese.pdf>. Acesso em: 02 maio 2014.

MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J. The doctrine of the *Drittwirkung der Grundrechte* in the case law of the Inter-American Court of Human Rights. In: **Revista para el análisis del derecho**, n. 9, p. 1-31, 2008. Disponível em: <www.indret.com/pdf/496_en.pdf>. Acesso em: 07 out. 2014.

MILLS, K. **Rights in the emerging global order. A new sovereignty?**. New York: St. Martin's Press Inc., 1998.

MINH T. V. Droits de l'Homme et pouvoirs privés: le probleme de l'opposabilité. In: CAO H. T. (Coord.). **Multinationales et droits de l'homme**. [Paris]: Presses universitaires de France, 1984.

MIRANDA, J. A incorporação do direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos. In: **Revista CEJ**, Brasília, v. 4, n. 11, 2000.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. Cascais: Principia, 2012.

MOCO, M. **Direitos Humanos e seus mecanismos de protecção**. Coimbra: Almedina, 2010.

MOLINUEVO, M. **Protecting investment in services**: investor-state arbitration versus WTO dispute settlement. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012.

- MONCADA, A. C. de. **Curso de Direito Internacional Público**. Coimbra: Almedina, 1998.
- MONCADA, L. S. C. de. **Direito Econômico**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- MONTEIRO, A. P.; NEUNER, J.; SARLET, I. W. (Orgs.). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.
- MORA, P. D. The Alien Tort Statute after Kiobel: the possibility for unlawful assertions of universal civil jurisdiction still remains. In: **International and Comparative Law Quarterly**, v. 63. part. 3, p. 699-719, 2014.
- MORAIS, L. D. S. (Org.). **O Novo Direito Internacional Econômico – Uma Introdução**, v. 2. Lisboa: AAFDL, 2011.
- MORALES, C. R. A. **Empresas multinacionales y derechos humanos en el contexto de la globalización: Claves sobre la cuestión**. 2014. Dissertação (Máster) - Universidad Carlos III, Madrid, 2014.
- MORAN, T. **Combating corrupt payments in foreign investment concessions: closing the loopholes, extending the tools**. Washington: Center for Global Development, 2008.
- MOREIRA, A. **Teoria das Relações Internacionais**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- MOREIRA, J. M. **As contas com a ética empresarial**. Cascais: Principia, 1999.
- _____; ALVES, A. A. Responsabilidade Social da Empresa, Ética e Governança: Equívocos, Tensões e Desafios. In: NUNES COSTA, M. A. et. al. **Responsabilidade Social: uma visão ibero-americana**. Coimbra: Almedina, 2001.
- MOREIRA, V. **Trabalho digno para todos: a ‘cláusula laboral’ no comércio externo na União Europeia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- MORIN, E. **Ciência com consciência**. 4. ed. Trad. Maria D. Alexandre, Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996.
- _____. **Rumo ao Abismo?** Ensaio sobre o destino da humanidade. Trad. Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.
- MOTĂȚĂIANU, S. The Hierarchy of the Norms in the International Law System. DNY PRÁVA – 2009 – DAYS OF LAW, Brno. **Conference Proceedings**, Brno: Masaryk University, 2009. Disponível em: <http://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/prispevky/mezin_soud/STEFAN_MOTATAIANU__1341_.pdf>. Acesso em: 21 out. 2013.
- MUHLINSKI, P. Holistic Approaches to development and international investment law: the role of international investment agreements. In: FAUNDEZ, J.; TAN, C. (Eds.). **International economic law, globalization and developing countries**. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.

MURGI, R. Investimento estrangeiro direto e empresas multinacionais: definições e considerações sobre os principais aspectos. In: SEMINÁRIO DA PÓS-GRADUAÇÃO, 4., 2015, São Paulo. **Resumos...** São Paulo: Instituto de Relações Internacionais/USP, 2015. Disponível em: <<http://www.iri.usp.br/documentos/seminariopos/MURGIIEEmpresasMultinacionais.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

NEMEROFF, T. Untying the Khulumani knot: Corporate aiding and abetting liability under the Alien Tort Claims Act after Sosa. In: **Columbia Human Rights Law Review**, v. 40, p. 231-286, 2008.

NEVES, A. C. **Metodologia Jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NOVAIS, J. R. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. **A dignidade da pessoa humana**, v. I. Coimbra: Almedina, 2016.

NOWAK, M. **Introduction to the International Human Rights Regime**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

NUNES, A. B.; VALÉRIO, N. **História Econômica e Empresarial**. Lisboa: Editorial Presença, 2015.

NYE, J. S. **O futuro do poder**. Trad. Luís O. Santos. Lisboa: Círculo de Leitores, 2012.

ODUJINRIN, T. **Third Country Report Nigeria**. S.d. Disponível em: <http://www.law.ed.ac.uk/euenterpriseslf/documents/files/TC_REPORT_NIGERIA.pdf>. Acesso em: 20 out. 2014.

OECD - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Globalisation: What Challenges and Opportunities for Governments?** OECD: Paris, 1996. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD\(96\)64&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD(96)64&docLanguage=En)>. Acesso em: 20 set. 2013.

_____. **Improving the system of investor-state dispute settlement: an overview**. OECD: Paris, 2006. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/40079647.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2015.

_____. **OECD Guidelines for Multinational Enterprises**. OECD Publishing, 2011. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>>. Acesso em: 29 mar. 2014.

OECD WATCH. **Case database, National Contact Point**. OEDC: S/l., s/d.

OHMAE, K. **La fine dello Stato-nazione - L'emergere delle economie regionali**. Tradução de Enrica Angelini. Milano: Baldini & Castoldi, 1996.

OIT - Organização Internacional do Trabalho. **Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social**. Brasília, 2002. Disponível em:

<http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/employment/pub/decl_tripartite_multi_240.pdf>. Acesso em 03 abr. 2014.

OLIVEIRA, S. A. M. A Teoria Geracional dos Direitos do Homem. In: **Theoria** - Revista Eletrônica de Filosofia, v. 2, n. 3, p. 10-26, 2010. Disponível em: <http://www.theoria.com.br/edicao0310/a_teorica_geracional_dos_direitos_do_homem.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2014.

OLYMPE DE GOUGES. Declaration of the rights of woman and female citizen. In: LEVY, D. et al. **Women in Revolutionary Paris: 1789-1795**. Illinois: University of Illinois Press, 1979.

OMC - Organização Mundial do Comércio. Commerce et investissement étranger direct: un panoram théorique et empirique de la relation. In: **Problèmes économiques**, n. 2.512, p. 25-32, 1997.

ONEAL, J. R. The affinity of foreign investors for authoritarian regimes. In: **Political Research Quarterly**, v. 47, n. 3, p. 565-588, set. 1994.

ONU - Organização das Nações Unidas. **A Guide for Business on the Rights of Persons with Disabilities**. S.l., s.d. Disponível em: <<http://www.unglobalcompact.org/take-action/action/disability>>. Acesso em 23 dez. 2016.

_____. **Declaração do Milênio das Nações Unidas**. Cimeira do Milênio, Nova Iorque, 06-08 set. 2000. Disponível em: <<http://www.unric.org/html/portuguese/uninfo/DecdoMil.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

_____. **Foreign Direct Investment and performance requirements: new evidence from selected countries**. New York: United Nations, 2003. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/iteiia20037_en.pdf>. Acesso em: 07 maio 2014.

_____. International Law Commission. **Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion os Internactional Law**. Report of the Study Group of Internacional Law Commission. A/CN.4/L.682. Helsinki: Erik Castren Institute of International Law and Human Rights, 2007.

_____. **Frequently Asked Questions about the Guiding Principles on Business and Human Rights**. New York/Geneva: United Nations Human Rights/Office of the High Commissioner, 2014. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQ_PrinciplesBussinessHR.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2017.

_____. **Guiding Principles on Business and Human Rights**. New York/Geneva: United Nations Human Rights/Office of the High Commissioner, 2011. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2017.

_____. Selected Recent Developments in IIA Arbitration and Human Rights. **IIA Monitor** Nova York/Genebra, n. 2, 2009. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20097_en.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2015.

_____. General Assembly Resolution 3201 (S-VI): Declaration on the Establishment of a New International Economic Order", and "General Assembly Resolution 3202 (S-VI): Programme of Action on the Establishment of a New International Economic Order, **Official Records of the General Assembly**: Sixth Special Session, supplement n. 1 (A/9559), maio 1974.

_____. **Principles for Responsible Contracts: Integrating the Management of Human Rights Risks into State-Investor Contract Negotiations**. New York/Geneva: United Nations Human Rights/Office of the High Commissioner, 2015. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Principles_ResponsibleContracts_HR_PUB_15_1_EN.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2017.

_____. **The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: an interpretative guide**. New York/Geneva: United Nations Human Rights/Office of the High Commissioner, 2010. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_En.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2017.

_____. **United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration**. New York: United Nations, 2015. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-e.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

ORAA, J. Los derechos humanos en el mundo. In: MARZAL, A. (Ed.). **Los Derechos Humanos en el Mundo**. Barcelona: ESADE, 2000.

ORCHIS, M. et al. Impactos da Responsabilidade Social nos Objetivos e Estratégias Empresariais. In: GARCIA, B. **Responsabilidade Social das Empresas: A Contribuição das Universidades**. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2003.

ORELLANA, M. Investment Agreements & Sustainable Development: the Non-Discrimination Standards. In: **Sustainable Development Law & Policy**, v. 11, issue 3, p. 3-36, spring 2011.

OSTŘANSKÝ, J. Tobacco Investment Disputes-Public Policy, Fragmentation of International Law and Echoes of the Calvo Doctrine. In: **Czech Yearbook of International Law**, v. III, p. 161-182, 2012.

PACKER, C. A. A. **Using Human Rights to Change Tradition: Traditional Practices Harmful to Women's Reproductive Health in sub-Saharan Africa**. Utrecht: Intersentia, 2002.

PAGELS, E. The roots and the origins of human rights. In: HENKIN, A. H. **Human dignity: the internationalization of human rights**. New York: Aspen Institute for Humanistic Studies, 1979.

PARK, W. W. Investment Claims and Arbitrator Comportment. In: WERNER, J.; ALI, A. H. **A Liber Amicorum: Thomas Wälde - Law Beyond Conventional Thought**. Londres: CMP Publishing, 2009.

PATIL, S. B. **Profit Repatriation: The Foreign Direct Investment Incentive**. S.l., s.d. Disponível em: <www.buzzle.com/articles/profit-repatriation-the-foreign-direct-investment-incentive.html>. Acesso em: 06 maio 2014.

PAUST, J. J. Nonstate Actor Participation in International Law and the Pretense of Exclusion. In: **Virginia Journal of International Law**, v. 51, n. 4, p. 977-1004, 2011.

PAUWELYN, J. Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-connected Islands. In: **Michigan Journal of International Law**, v. 25, issue 4, p. 903-916, 2003-2004.

_____. Rational Design or Accidental Evolution? In: ZACHARY, D.; PAUWELYN, J.; VIÑUALES, J. (Eds.). **The foundations of international investment law: bringing theory into practice**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 11-43.

PECES-BARBA, G. **Curso de Derechos Fundamentales: teoria general**. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

_____. Sobre el fundamento de los derechos humanos: un problema de Moral y Derecho. In: **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 28, p. 193-207, 1988.

PERDIGUERO, T. G. **La responsabilidad social de las empresas en un mundo global**. Barcelona: Editorial Anagrama, 2003.

PEREIRA, A. C. A. Direito Internacional Público: Universalismo, Regionalismo e Soberania Estatal. In: **Curso de Derecho Internacional**, XXVII. Organizado por el Comité Jurídico Interamericano y la Secretaria General de la OEA, 2000.

PEREIRA, A. G.; QUADROS, F. **Manual de Direito Internacional Público**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

PEREIRA, C. de T. O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n. 40, p. 87-93, out.-dez.1988.

PEREZ LUÑO, A. E. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. **Los Derechos Fundamentales**. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1986.

PERLMUTTER, H. V. The Tortuous Evolution of the Multinational Corporation. **Columbia Journal of World Business**, v. 4, n. 1, p. 9 e ss., jan./fev. 1969. Disponível em: <www.vcc.columbia.edu/files/vale/content/Howard_V_Perlmutter_The_tortuous_evolution_of_the_multinational_enterprise.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2014.

PERRY, A. **As linhagens do Estado Absolutista**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

PETERKE, S. et al. **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/>>. Acesso em: 27 abr. 2012.

PETERS, A. Membership in the Global Constitutional Community. In: KLABBERS, Ian (Org.). **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

_____. The Constitutionalization of International Law: Conclusions. **EJIL: Talk!**, 28 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.ejiltalk.org/the-constitutionalization-of-international-law-conclusions/>>. Acesso em: 16 out. 2013.

PETERSMANN, E.-U. Human Rights and Constitutionalism. In: BINDER, C. et al. **International investment law for the 21st century: essays in honour of Christoph Schreuer**. New York: Oxford University Press, 2009.

_____. Justice in International Economic Law? From the International Law among States to “International Integration Law” and “Constitutional Law”. In: **EUI Working Papers Law**, n. 46, p. 1-37, 2006.

_____. **International Economic Law in the 21st Century: constitutional pluralism and multilevel governance of interdependent public goods**. Oxford: Hart, 2012.

PETERSON, L. E.; GRAY, K. R. **International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration**. Winnipeg: IISD, 2003. Disponível em: <http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.

PIMENTA, J. R. F.; BARROS, J. A. M. de. A Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais Individuais nas Relações Privadas e a Ponderação de Interesses. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 15., Manaus, 15-18 nov. 2006. **Anais...** Manaus: Conpedi, 2006. p. 2790-2809. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose_roberto_freire_pimenta.pdf>._ Acesso em: 20 set. 2014.

PIMENTEL, J. M. Perspectivas para o Século XXI. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 41, 1999.

PINHEIRO, L. de L. **Arbitragem transnacional: a determinação do estatuto da arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. **Direito Internacional Privado**, v. II. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

PINILLA, J. M. C. Implicaciones territoriales de La inversión extranjera. In: **Comércio Exterior**, México, v. 53, n. 3, p. 244-255, mar. 2003.

PINTO, F. F. Tradição e modernidade na obra de Hugo Grócio. In: TRINDADE, A. A. C. (Org.). **A Nova Dimensão do Direito Internacional Público**. Brasília: Instituto Rio Branco, 2003.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil. In: **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, ano 8, v. 15, p. 93-110, 2000.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PIRES, M. J. M. Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. In: **Documentação e Direito Comparado**, n. 79/80, p. 335-350, 1999.

POGGE, T. Priorities of Global Justice. In: POGGE, T. (Ed.). **Global Justice**. Oxford: Blackwell, 2001.

PORTER, M. The case for letting business solve social problems. **TED**, out. 2013. (transcrição de fala). Disponível em: <www.ted.com/talks/michael_porter_why_business_can_be_good_at_solving_social_problems/transcript>. Acesso em: 20 nov. 2016.

PORTER, M.; KRAMER, M. R. Creating Shared Value. In: **Harvard Business Review**, 89, n. 1-2, p. 62-77, jan.-fev. 2011.

POSNER, R. A. **Frontiers of Legal Theory**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

POULAIN, B.; RAUX, M. Actualité du droit européen des investissements internationaux. In: **Revue Générale de Droit International Public**, p. 113-138, 2011.

PRIETO SANCHIS, L. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Debate, 1990.

PRIGOGINE, I. O fim da certeza. In: MENDES, C.; LARRETA, E. (Orgs.). **Representação e Complexidade**. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2003.

PRIHANDONO, I. Barriers to transnational human rights litigation against transnational corporations (TNCs): The need for cooperation between home and host countries. In: **Journal of Law and Conflict Resolution**, v. 3(7), p. 89-103, 2011.

PUBLIC Statement on the International Investment Regime, s/d. Disponível em: <<http://www.osgoode.yorku.ca/wp-content/uploads/2014/11/Declaração-Pública.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

PULKOWSKI, D. Narratives of Fragmentation - International Law between unity and multiplicity. S.l.: **ESIL Agora Paper**, at 12, section 5, s/d. Disponível em: <www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Pulkowski_0.PDF>. Acesso em: 17 out. 2013.

PUREZA, J. M. Da atonia metodológica à busca de novos referentes em Direito Internacional Público. In: **Scientia Iuridica**, t. 60, n. 326, p. 303-313, maio-ago. 2011.

QUADROS, F. de. **A protecção da propriedade privada pelo direito internacional público**. Coimbra: Almedina, 1998.

QUEIROZ, C. **Direito Constitucional Internacional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

_____. **Direito Internacional e Relações Internacionais**: organizações internacionais. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

RADI, Y. Realizing Human Rights in Investment Treaty Arbitration: A Perspective from within the International Investment Law Toolbox. In: **North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation**, n. 37, p. 1108-1186, 2011-2012.

RAIGÓN, R. C. **Notas sobre el Ius Cogens Internacional**. Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1999.

RAJAGOPAL, B. **International Law from Below**: development, social movements, and Third World resistance. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

RAMINA, L. Considerações sobre a dialética tratado-costume e o desenvolvimento progressivo do direito dos investimentos internacionais. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2661, 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17625>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

RAMOS, A. de C. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Curso de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RATNER, S. Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility. In: **Yale Law Journal**, v. 111, p. 443-452, 2001.

_____. Regulatory Takings in Institutional Context: beyond the fear of fragmented international Law. In: **American Journal of International Law**, v. 102, p. 475-528, 2008.

RAWLS, J. **Uma Teoria da Justiça**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

REALE, G.; ANTISERI, D. **História da Filosofia**: do Humanismo a Kant, v. 2. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1990.

REDE BRASILEIRA DO PACTO GLOBAL. **Os 10 Princípios**. 25 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.pactoglobal.org.br/artigo/56/Os-10-principios>>. Acesso em: 18 mar. 2016.

REHMAN, J. **International Human Rights Law**: A practical approach. Edinburgh: Pearson Educational Limited, 2003.

REICH, A. Bilateralism versus Multilateralism in International Economic Law: Applying the Principle of Subsidiarity. **Bar Ilan University Pub Law Working Paper**, n. 14-09, 16 out. 2009. Disponível em: <http://www.law.utoronto.ca/documents/conferences2/Trebilcock09_Reich.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2014.

REINER, C.; SCHREUER, C. Human Rights and International Investment Arbitration. In: DUPUY, P. M.; FRANCONI, F. PETERSMANN, E. U. (Eds.). **Human Rights in international investment Law and arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 82-96. Disponível em: <http://www.univie.ac.at/intlaw/h_rights_int_invest_arbitr.pdf>. Acesso em: 20 maio 2014.

REINISCH, A. The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors. In: ALSTON, P. (Ed.). **Non-State Actors and Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

RENAULT, L. O. L.; FABIANO, I. M. de A. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais nas Relações de Emprego – Alguma Verdade. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 77, n. 4, p. 204-230, out/dez., 2011.

REPUBLIC OF INDONESIA. Ministry of Marine Affairs and Fisheries. **Human Rights Abuses in Fishery Industry**. S.d. Disponível em: <www.kkp.go.id>. Acesso em: 15 dez. 2016.

REZENDE, C. **História Econômica Geral**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 1995.

RIGAUX, F. **La protection de la vie privée et autres biens de la personnalité**. Bruylant: Bruxelles, 1990.

RIGONI, G. M. A regulamentação dos Investimentos Internacionais no Tratado da Carta da Energia. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 51, p. 116-129, jul.-dez. 2007.

RITWIK, A. Tobacco packaging arbitration and the State's ability to legislate. In: **Harvard International Law Journal**, v. 54, n. 2, p. 523-538, 2013.

ROBINSON, M. Preface. In: International Council on Human Rights Policy. ICHR - INTERNATIONAL COUNCIL OF HUMAN RIGHTS (Ed.). **Duties sans Frontières: Human rights and global social justice**. Genebra, 2003. 106 p.

ROCHA, C. L. A. Os Direitos de Cidadania no Brasil, no MERCOSUL e na Comunidade. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, Portugal-Brasil, ano 2000, Coimbra, 1999.

RODRÍGUEZ, P. J. M. **Los Paradigmas del derecho internacional: ensayo interparadigmático sobre la comprensión científica del Derecho Internacional**. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2008.

ROMÁN, Y. Los Derechos Humanos y las Empresas Más Allá de las Palabras. In: GONZÁLEZ, M. de la C.; DUPLÁ, L. R. (Coords.). **Responsabilidad Social Corporativa**. Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia Salamanca, 2004.

ROTHGEB JR., J. M. The effects of foreign investmente upon political protest and violence in underdeveloped societies. In: **The Western Political Quarterly**, v. 44, n. 1, p. 9-37, mar. 1991.

RUBIO, J. J. A. et. al. A propósito de la ley modelo latinoamericana de protección internacional de los derechos humanos (La Ley Modelo Dahl). In: **Revista de Estudios Jurídicos**, n. 11, p. 1-15, 2011 (Segunda Época).

RUGGIE, J. **Report to the Human Rights Council**. New York: Human Rights Council, 2008. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/8session/A-HRC-8-5.doc>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. **The Past as Prologue? A Moment of Truth for UN Business and Human Rights Treaty**. S.d. Disponível em: <http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/Treaty_Final.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

RUIZ, F. R. **Derechos Humanos y Acción Unilateral de los Estados**. Burgos: Universidad de Burgos, 2000.

RUNERSTERN, M. **Defining ‘Self-contained Regime’**. A Case Study of the International Covenant on Civil and Political Rights. 2008. Tese (mestrado) - Universidade de Lund, Lund, 2008. Disponível em: <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1561624&fileId=1565696>>. Acesso em: 18 set. 2013.

SALACUSE, J. W. The Emerging Global Regime for Investment. In: **Harvard International Law Journal**, v. 51, n. 2, p. 427-473, 2010a.

_____. **The Law of Investment Treaties**. Oxford: Oxford University Press, 2010b.

_____; SULLIVAN, N. P. Do BITS really work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain. In: **Harvard International Law Journal**, v. 46, n. 1, p. 67-117, winter 2005.

SALCEDO, J. A. C. La Tensión entre Derechos Humanos y Soberanía de los Estados en Derecho Internacional Contemporáneo. In: MARZAL, A. (Ed.). **Los Derechos Humanos en el Mundo**. Barcelona: ESADE, 2000.

_____. **Globalización y Orden Internacional**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2004.

_____. **Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2001.

_____. **Soberanía del Estado y Derecho Internacional**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1976.

SALDARRIAGA, A. **The need to construct a European investment policy reflective of Europe’s values**. 19 jun. 2015. Disponível em: <<http://blogs.lse.ac.uk/investment-and-human-rights/portfolio-items/the-need-to-construct-a-european-investment-policy-reflective-of-european-values/>>. Acesso em: 02 dez. 2015.

SALMÓN, E. (Coord.). **La progresiva Incorporación de las empresas multinacionales en la lógica de los derechos humanos**. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

SAMUELSON, P. A.; NORDHAUS, W. D. **Economia**. 16. ed. Lisboa: MacGraw-Hill, 1999.

SAND, I.-J. From the Distinction between Public Law and Private Law – to Legal Categories of Social and Institutional Differentiation, in a Pluralistic Legal Context. In: PETERSEN, H.;

ZAHLE, H. (Eds.). **Legal polycentricity**: consequences of pluralism in law. Aldershot: Dartmouth, 1995.

_____. Globalization and the transcendence of the public/ private divide – What is public law under conditions of globalization? In: AMHLAIGH, C.; MICHELON, C.; WALKER, N. **After Public Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

SANDEL, M. J. **Justiça** – o que é fazer a coisa certa. 6. ed. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, B. de S. (Org.). **Globalização**: Fatalidade ou Utopia? 3. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2005.

SANTOS, J. C. N. dos. Limites e possibilidades da responsabilização do indivíduo no direito internacional e no direito interno. In: **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 19-69, jul./dez. 2011.

SANTOS, M. **Por uma outra globalização**: do pensamento único a consciência universal. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SARKAR, R. **International Development Law**: rule of Law, human rights & global finance. Oxford/New York: Oxford University Press, 2009.

SARKIN, J. O advento das ações movidas no Sul para reparação por abusos dos direitos humanos. **Revista Sur** 24, v. 1, n. 1, jan. 2004. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/1/1000217-o-advento-das-acoes-movidas-no-sul-para-reparacao-por-abusos-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

SARLET, I. W. (Org.). **Dimensões da dignidade** – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. (Org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: **Boletim Científico**, Brasília, ano 4, n. 16, p. 193-259, 2005.

SARMENTO, D. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, L. R. **A nova interpretação constitucional**:

ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro, 2006. p. 193-284.

_____. Direitos Sociais e Globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 223, p. 95-116, abr.-jun. 2001.

SAUVÉ, P. Multilateral Rules on Investment: is forward movement possible? In: **Journal of International Economic Law**, v. 9, p. 325-355, 2006.

SCHEFER, K. N. **International Investment Law: text, cases and materials**. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2013.

SCHILL, S. W. Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach. In: **Virginia Journal of International Law**, v. 52, n. 1, p. 57-102, 2011.

_____. **The multilateralization of International Investment Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

SCHLEMMER-SCHULTE, S. Fragmentation of International Law: The Case of International Finance & Investment Law Versus Human Rights Law. In: **Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal**, v. 25, p. 409-424, 2012.

SCHODERBEK, P. P.; SCHODERBEK, C. G.; KEFALAS, A. G. **Management Systems - Conceptual Considerations**. EUA: Irwin, 1990.

SCHREUER, Christoph. Investments, International Protection. In: **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**. 2011. Disponível em: <www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/investments_Int_Protection.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2014.

SCHUTTER, O. de. Transnational Corporation as Instruments of Human Development. In: ALSTON, P.; ROBINSON, M. (Eds.). **Human rights and development: towards mutual reinforcement**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

SCHWOBEL, C. E. J. **Global Constitutionalism in International Legal Perspective**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

SEID, S. H. **Global regulation of foreign direct investment**. Aldershot: Ashgate, 2002.

SEIDL-HOHENVELDERN, I. **International Economic Law**. 3. ed. Haia/Boston: Kluwer Law International, 1999.

SEMINÁRIO ORGANIZADO PELA COMISSÃO NACIONAL DE JUSTIÇA E PAZ, maio 2008, Lisboa. **Resumos...** Lisboa: Comissão Nacional de Justiça e Paz, 2008.

SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

_____; KLIKSBERG, B. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Trad. Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEQUEIRA, T. de J. **Creating Shared Value** - a nova abordagem estratégica de Responsabilidade Social Empresarial. 2013. Dissertação (Mestrado) - Instituto Politécnico do Porto, Porto, 2013.

SERENS, M. N. Corporate Social Responsibility: “vinho velho em odres novos”. In: **Direito das Sociedades em Revista**, ano 5, v. 10, p. 75-96, 2013.

SERRA, C. O Novo Direito das Sociedades: para uma governação socialmente responsável. In: **Scientia Juris**, n. 14, p. 159-171, 2010.

SHAPIRO, E. **Análise Macroeconômica**. Trad. Augusto Reis. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1985.

SHARED VALUE INITIATIVE. **Thought Leaders**. S.d. Disponível em: <<http://sharedvalue.org/partners/thought-leaders?page=1>>. Acesso em 20 nov. 2016.

SHAW, M. N. **International law**. 6. ed. Cambridge: Grotius; Cambridge University, 2008.

SHEFFER, M. W. Bilateral investment treaties: a friend or foe to human rights? In: **Denver Journal of International Law and Policy**, v. 39, n. 3, p.483-522, jun. 2011.

SHELTON, D. An Introduction to the History of International Human Rights Law. **GWU Legal Studies Research Paper**, n. 346, ago. 2007.

SHEMBERG, A. **Stabilization Clauses and Human Rights**. Research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative of the Secretary-General on Business and Human Rights, may 27, 2009.

SHIHATA, I. **Legal Treatment of Foreign Investment**: “The World Bank Guidelines”. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993. p. 2-25.

SHINSATO, A. Increasing the Accountability of Transactional Corporations for Environmental Harms: The Petroleum Industry in Nigeria. In: **Northwestern Journal of International Human Rights**, v. 4, issue 1, art 14, p. 186-209, 2005.

SIEBER, U. Legal Order in a Global World - The development of a fragmented system of national, international, and private norms. In: **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, v. 14, p. 1-49, 2010.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, K. de S. A Consolidação da União Europeia e do Direito Comunitário no Contexto da Transnacionalidade. In: CRUZ, P. M. (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, S. T. da. **Direitos Fundamentais na Arena Global**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

_____. Razão de Estado e princípio da razoabilidade. Trajectórias de Sustentabilidade Tributação e Investimento. In: SILVA, S. T. da; RIBEIRO, M. de F. (Coords.). **Problemas jurídicos na promoção de soluções sustentáveis**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

_____. **Um novo Direito Administrativo?**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

SIMMA, B. Foreign Investment Arbitration: a place for human rights? In: **International and Comparative Law Quarterly**, v. 60, p. 573-596, jul. 2011.

_____. Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner. In: **The European Journal of International Law**, v. 20, n. 2, p. 265-297, 2009.

_____; KILL, T. Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: first steps towards a methodology. In: BINDER, C. et al. **International investment law for the 21st century: essays in honour of Christoph Schreuer**. New York: Oxford University Press, 2009. p. 678-707.

_____; PULKOWSKI, D. Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law. In: **European Journal of International Law**, v. 17, n. 3, p. 483-529, 2006.

SINGER, P. **Um só mundo: a ética da globalização**. Trad. Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SINHA, S. P. Legal Polycentricity. In: PETERSEN, H.; ZAHLE, H. (Eds.). **Legal polycentricity: consequences of pluralism in law**. Aldershot: Dartmouth, 1995. p. 31-69.

SKLAIR, L. **The Transnational Capitalist Class**. London: Blackwell Publishing, 2003.

SMITH, A. **Riqueza das Nações**. Lisboa: Fundação Caloste Gulbenkian, 1983.

SMITH, C. The Appeal of ICSID Awards: how the AMINZ appellate mechanism can guide reform of ICSID procedure. In: **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 41, p. 568 -593, 2013.

SMITH, E. F. Right to Remedies and the Inconvenience of Forum Non Conveniens: Opening U.S. Courts to Victims of Corporate Human Rights Abuses In: **Columbia Journal of Law and Social Problems**, v. 44, p. 145-192, 2010.

SMITS, J. Private law and Fundamental Rights: a sceptical view. BARKHUYSEN, T.; LINDENBERGH, S. (Eds.). **Constitutionalisation of Private Law**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p. 9-22. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=928560>>. Acesso em: 25 set. 2014.

SOARES, G. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2004.

- SOARES, M. L. Q. Tensão entre os discursos da razão instrumental da globalização e da razão política do Estado Constitucional. In: FERNANDES, J. C.; NASSIF, G. C. **Tópicos Especiais de Direito Público e Privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 315-325.
- SODER, J. **Direitos do homem**. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1960.
- SOLOMON, R. Business Ethics. In: SINGER, P. **A Companion to Ethics**. Malden: Blackwell, 1993.
- SORNARAJAH, M. **The international law on foreign investment**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- SOUTO MAIOR, J. L. **Curso de Direito do Trabalho**, v. II. São Paulo: LTR, 2008.
- SHIVA, V. **Earth Democracy: Justice, Sustainability and Peace**. London: Zed Books, 2016.
- SPAR, D. Foreign Investment and Human Rights. In: **Challenge**, v. 42, n. 1, p. 55-80, 1999.
- STARK, B. Jam Tomorrow: a critique of international economic law. In: CARMODY, C.; GARCIA, F. J.; LINARELLI, J. **Global Justice and International Economic Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- STEINER, H. Prefácio. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 57.
- _____; ALSTON, P. **International Human Rights in Context: law, politics, morals**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- STEINMETZ, W. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- STELZER, J. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, P. M. (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010.
- STERN, B. How to Regulate Globalization. In: BYERS, M. (Ed.). **The Role of Law in International Politics: Essays in International Relation and in International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- STIGLITZ, J. E. **Globalization and its Discontents**. 3. ed. Trad. Maria Filomena Duarte, Lisboa: Terramar, 2004.
- _____. **More Instruments and Broader Goals: Moving Toward the Post-Washington Consensus**. Helsinki, 07 jan. 1998. Disponível em: <<http://www.globalpolicy.org/component/content/article/209/43245.html>>. Acesso em: 17 mar. 2014.
- STRENGER, I. **Contratos Internacionais do Comércio**. 3. ed.. São Paulo: LTr, 1998.
- STRICKLAND, H. C. The State Action Doctrine and the Rehnquist Court. In: **Hastings Constitutional Law Quarterly**, v. 18, p- 591-592, 1991.

SUBEDI, S. P. **International Investment Law: reconciling policy and principle**. Oxford: Hart Publishing, 2008.

SUDRE, F. **Droit international et européen des droits de l'homme**. 7. ed. Paris, 2005.

SUÑÉ, N.; VASCONCELOS, R. C. Inversiones y Solución de Controversias en el MERCOSUL. In: **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, ano 1, n. 2, p. 195-220, 2013.

SUNGA, L. S. **Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992.

SWEET, A. S. Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier. **Faculty Scholarship Series**, Yale University, Paper 69, 2010. 25 p. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/69>. Acesso em: 10 maio 2014.

SZABO, I. Historical Foundations of Human Rights and Subsequent Developments. In: VASAK, K. **The International Dimensions of Human Rights**, v. 1. Paris: Unesco, 1982.

TAIAR, R. **Direito Internacional dos direitos humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania em face da proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: MP Ed., 2010.

TAYLOR, C. O'N. Interrelationships: International Economic Law and Developing Countries. In: **Boston College International and Comparative Law Review**, v. 27, issue 2, p. 187-193, 2004.

TEUBNER, G. Global Law Without a State. In: PETERSEN, H.; ZAHLE, H. (Eds.). **Legal polycentricity: consequences of pluralism in law**. Aldershot: Dartmouth, 1995.

_____. Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory? In: JOERGES, C.; SAND, J.; TEUBNER, G. **Transnational Governance and Constitutionalism**. Oxford: Hart Publishing, 2004.

_____. The Anonymous Matrix: human rights violations by “private” transnational actors. In: ESCAMILLA, M.; SAAVEDRA, M. (Eds.). **Law and Justice in a Global Society**. International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy: Granada, 2005. p. 547-562.

THANADSILLAPAKUL, L. **ASEAN Bilateral Investment Agreements**. S.l., s.d. Disponível em: <<http://asialaw.tripod.com/articles/aseanbit3.html>>. Acesso em: 04 maio 2014.

THE ECONOMIST. **The Next Question**. Atlanta, 17 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/10491055/print>>. Acesso em: 05 out. 2014.

_____. **The Shell game ends: Some good news for multinationals**. Atlanta, 20 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.economist.com/news/united-states/21576393-some-good-news-multinationals-shell-game-ends>>. Acesso em: 06 nov. 2014.

THE GUARDIAN. **UN calls for suspension of TTIP talks over fears of human rights abuses.** Londres, 04 maio 2015. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/global/2015/may/04/ttip-united-nations-human-right-secret-courts-multinationals?>>. Acesso em 23 jul. 2015.

THJOERNELUND, M. C. H. State of Necessity as an Exemption from State Responsibility for Investments. In: **Max Planck Yearbook of United Nations**, v. 13, p. 423-479, 2009.

TIELEMAN, K. **The failure of Multilateral Agreement on Investment (MAI) and the absence of a global public policy network.** Florença: European University Institute/Harvard University Networks, s/d. p. 28. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.627.7992&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

TIETJE, C. The Changing Legal Structure of International Treaties as an Aspect of an Emerging Global Governance Architecture. In: **German Yearbook of International Law**, v. 42, p. 26-55, 1999.

TORRES, C. Responsabilidade Social das Empresas. In: AYRES, A. R.; SOARES, F. P.; BARTHOLO JR., R. (Orgs.). **Ética e Responsabilidade Social.** Brasília: SESI, 2002.

TORRES, G. C. T. Responsabilidade Social das Empresas Transnacionais. In: BENACCHIO, M. (Coord.). **A Sustentabilidade da Relação entre Empresas Transnacionais e Direitos Humanos.** Curitiba: CRV, 2016.

TORTIAN, A. Z. **International Investment Agreements and their impact on foreign direct investment:** evidence from four emerging central european countries. 18 jun. 2007. 397 f. Tese (doutorado) - Université Panthéon-Sorbonne Paris I, Paris, 2007. Disponível em: <http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/16/51/94/PDF/Tortian_Annie_these.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014.

TRACHTMAN, J. P. Fragmentation and Coherence in International Law. **SSRN Electronic Journal**, ago. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1908862>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

TRIBE, L. H. Refocusing the “State Action” Inquiry: Separating State Acts from State Actors. In: **Constitutional Choices**, p. 246, 1985.

TRINDADE, A. A. C. As Nações Unidas e a Nova Ordem Econômica Internacional. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 21, n. 81, p. 213-232, jan.-mar. 1984.

_____. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do Século XXI. In: CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL, 23., Rio de Janeiro, 31 jul.-25 ago. 2006. **Volumen de las clases impartidas en el...** Washington, 2007. p. 407-490. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/esp/407490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

_____. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, L. F.; PIOVESAN, F. (Coords.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e**

o direito brasileiro. São Paulo: RT, 2000. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/14osistema.htm>>. Acesso em: 15 set. 2014.

_____. Os Tribunais Internacionais Contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 57, p. 37-68, jul./dez. 2010.

_____. **Tratado de direito internacional de direitos humanos.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, v. I. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, v. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

TRINDADE, J. D. de L. **História social dos direitos humanos.** São Paulo: Peirópolis, 2002.

TRUYOL Y SERRA, A. **História do Direito Internacional Público.** Trad. Henrique Barrilaro Ruas. Lisboa: Instituto Superior de Novas Profissões, 1996.

TULLY, S. **Corporations and international Lawmaking.** Boston/Leiden: Martinus Nijhoff, 2007.

UBILLOS, J. M. B. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica. In: TEPEDINO, G. (Org.) **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional.** São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares.** Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 1997.

_____. **Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado: la noción de state action en la jurisprudência norteamericana.** Madrid: McGraw-Hill, 1997.

_____. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, I. W. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

UCHKUNOVA, I.; TEMNIKOV, O. Allocation of Costs in ICSID Arbitration. **Kluwer Arbitration Blog**, 3 dez. 2014. Disponível em: <<http://kluwarbitrationblog.com/blog/2014/12/03/allocation-of-costs-in-icsid-arbitration/>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

UN Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, UNCHR, Sub-Comission on the Promotion and Protection of Human Rights (26, August, 2003), UN Doc E/5500/Rev.1 ST/ESA/6, 25.

UNCTAD - Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. **International investment policymaking is in transition.** Geneva, 20 jun. 2013. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=548>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

_____. **Illicit Payments**. IIA Issue Paper Series: New York and Geneva, 2001. Disponível em: <<http://unctad.org/en/Docs/psiteiitd25.en.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

_____. **Investment Policy Framework for Sustainable Development**. New York: United Nations, 2015.

_____. **Quem somos**. S.d. Disponível em: <<http://unctad.org/en/Pages/AboutUs.aspx>>. Acesso em 17 out. 2015.

_____. Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement. **IIA Issues Note**, n. 1, 2014. 36 p. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/publications/Intl-Investment-Agreements---Issues-Note.aspx>>. Acesso em: 17 maio 2014.

_____. Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement. **IIA Issues Note**, n. 1, 2013. 36 p. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf>. Acesso em: 16 maio 2014.

_____. Recent Trends in IIAS and ISDS. **IIA Issues Note**, n. 1, 2015. 18 p. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf>. Acesso em 30 mar. 2015.

_____. **Scope and Definition** - UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. Geneva: United Nations, 2011.

_____. **World Investment Report 2016**. Geneva: United Nations, 2016.

UNCTC - United Nations Centre on Transnational Corporations and International Chamber of Commerce. **Bilateral Investment Treaties 1959-1991**. New York: United Nations, 1992. Disponível em: <<http://unctc.unctad.org/data/e92iia16a.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2014.

UNIÃO EUROPEIA. **Novo pacote de investimento da UE para dinamizar o comércio e reforçar os direitos dos investidores**. Bruxelas, 07 jul. 2010. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-907_pt.htm>. Acesso em: 02 maio 2014.

_____. **Políticas Comerciais**. Bruxelas, s.d. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/commercial_policy_pt.htm>. Acesso em: 02 maio 2014.

VADI, V. S. Reconciling Public Health and Investor Rights: The Case of Tobacco. In: DUPUY, P.-M.; FRANCONI, F.; PETERSMANN, E.-U. (Eds.). **Human rights in international investment law and arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

VAN HARTEN, G.; LOUGHLIN, M. Investment treaty arbitration as species of global administrative law. In: **European Journal of International Law**, v. 17, n. 1, p. 121-150, 2006.

VAN HARTEN, H. H. A. **The emerging system of international investment arbitration**. 2005. Tese (doutorado) - London School of Economics, Londres, 2005. 283 f. Disponível em: <<http://etheses.lse.ac.uk/2405/1/U615354.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

VASAK, K. Human Rights: As a Legal Reality. In: VASAK, K. (Ed.). **The International Dimensions of Human Rights**, v. 1. Westport/Paris: Greenwood Press/Unesco, 1982. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0005/000562/056230Eo.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

VÁZQUEZ DE PRADA, V. **História Econômica Mundial**, v. II, Porto: Civilização Editora, 1973.

VERNOND, R. **Economic Sovereignty at Bay**: The multinational spread of US enterprises. Basic Books: New York, 1971. Disponível em: <<http://www.foreignaffairs.com/articles/24025/raymond-vernond/economic-sovereignty-at-bay>>. Acesso em: 23 mar. 2014.

VETTER, G. A. The Forgotten Million: Assessing International Human Rights Abuses in the Artisanal Diamond Mining Industry. In: **Transnational Law & Contemporary Problems**, v. 16, n. 2, p. 733 e ss., 2007.

VETTERLI, R.; BRYNER, G. Hugo Grotius and Natural Law: a reinterpretation. In: **The Political Science Review**, v. 22, n. 1, p. 370-398, fall 1993. Disponível em: <http://www.mmisi.org/pr/22_01/vb.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2014.

VIANA, C. A Globalização da Contratação Pública e o Quadro Jurídico Internacional. In: **Estudos de Contratação Pública I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 23 e ss.

VICENTE, D. M. Arbitragem de Investimento: a Convenção ICSID e os Tratados Bilaterais. In: CONGRESSO DO CENTRO DE ARBITRAGEM COMERCIAL, 5., 21 jul, Lisboa, 2011. **Comunicações...**, Coimbra: Almedina, 2012. Disponível em: <http://www.biblioteca.porto.ucp.pt/docbweb/download.asp?file=multimedia/associa/pdf/roa_28_71.pdf>. Acesso em: 09 maio 2014.

_____. La formación de los contratos internacionales. In: **Revista Española de Derecho Internacional**, v. 57, n. 1, jan.-jun. 2005.

VICUÑA, O. Of Contracts and Treaties in the Global Market. In: **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, v. 8, p. 341 e ss., 2004.

VIEIRA, C. F. **Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais** (paper). Coimbra, jun. 2006. 43 p. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/igc/pdf/papers/CarolinaVieirapaperdedireitosfundamentais.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2014.

VIGEVANI, T.; MARIANO, M. P. **ALCA**: o gigante e os anões. São Paulo: Editora SENAC: São Paulo, 2003.

VIÑUALES, J. E. **Foreign Investment and the Environment in International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

VISSCHER, C. de. **Théories et réalités en droit international public**. Paris: A. Pedone, 1953.

VITÓRIA, F. de. **Os índios e o direito da guerra**: de indis et de jure belli relectiones. Ijuí: Unijuí, 2006.

VIVES, A. Estrategias de Responsabilidad Social local en un contexto global: Empresas multinacionales em America Latina. In: **Revista de Responsabilidad Social de la Empresa**, n. 3, set.-dez., p. 101-130, 2009. Disponível em: <https://www.accioncontraelhambre.org/sites/default/files/documents/3_1.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

VOEFFRAY, F. **L'actio popularis ou le défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales**. Genève: Graduate Institute Publications, 2004.

VOIGT, C. **Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

_____. The Role of General Principles in International Law and their Relationship to Treaty Law. In: **Retfaerd**, v. 31, n 2/121, p. 3-25, 2008. Disponível em: <http://www.retfaerd.org/gamle_pdf/2008/2/Retfaerd_121_2008_2_s3_25.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2013.

VYLDER, J. de. The Responsibility of International Organisations. In: BARDOU, A. R. **European master's degree in human rights and democratisation: awarded theses of the Academic year 2003-2004**. Veneza: Marsilio, 2005.

WALDRON, J. Is Dignity the Foundation of Human Rights? In: **New York University School of Law Public Law Research Paper**, n. 12-73, 2013. 29 p. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2196074>>. Acesso em: 03 set. 2014.

WALKER, N. On The Necessarily Public Character of Law. **University of Edinburgh School of Law Working Paper**, n. 2010/35, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1704412>>. Acesso em: 20 out. 2013.

_____. **Constitutionalism and Pluralism in global context**. Hart, 2012.

WALTRIP, J. M. The Russian Oil and Gas Industry after Yukos: Outlook for Foreign Investment. In: **Transnational Law & Contemporary Problems**, Iowa City, v. 17, n. 2, pp. 575 e ss., 2008.

WEILER, T. Balancing Human Rights and Investor Protection: A New Approach for a Different Legal Order. In: **Boston College International & Comparative Law Review**, Boston, v. 27, issue 2, p. 429-452, 2004.

WEISS, E. B. Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century. In: **American Journal of International Law**, Washington, v. 96, p. 798-826, 2002.

WEIß, W. Shift in Paradigm: From the New International Economic Order to the World Trade Organization – Germany's Contribution to the Development of International Economic Law. In: **German Yearbook of International Law**, v. 46, p. 171 e ss., 2003.

WEISSBRODT, D.; KRUGER, M. Businesses as Non-State Actors. In: ALSTON, P. (Ed.). **Non-State actors and human rights**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

WELLS, L. T.; AHMED, R. **Making Foreign Investment Safe**: property rights and national sovereignty. New York: Oxford University Press, 2007.

WENGER, A.; ZIMMERMAN, D. **International Relations**: From de Cold War to the Globalized World. Lynne Rienner Publishers, 2003.

WERNER, W. G. The Politics of Expertise - Applying paradoxes of scientific expertise to international law. In: AMBRUS, M.; ARTS, K.; HEY, E. (Eds.). **The role of 'Experts' in International and European Decision-Making Process**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 44-62.

WESCHKA, M. Human Rights and Multinational Enterprises: How Can Multinational Enterprises Be Held Responsible for Human Rights Violations Committed Abroad? In: **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, v. 66, p. 625-661, 2006.

WILLIAMSON, J. A Short History of the Washington Consensus. In: SERRA, N.; STGLITZ, J. E. (Eds.). **The Washington Consensus Reconsidered**: Towards a New Global Governance. Oxford: Oxford University Press, 2008.

WINFRIED van den M.; REZAI, Sam. Corporations and the European Convention on Human Rights. In: **Global Business & Development Law Journal**, v. 25, p. 43-68, 2012. Disponível em: <http://www.mcgeorge.edu/Documents/Conferences/GlobeJune2012_Corporationsandthe.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2014.

WOLF, Martin. **Why Globalization Works**. New Haven/London: Yale University Press, 2004.

WONG, J. Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes. In: **George Mason Law Review**, v. 14, p. 135-177, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1260897>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

WORLD BANK GROUP. **MIGA Convention**. S.d. Disponível em: <<http://www.miga.org/whoweare/index.cfm?stid=1788>>. Acesso em: 01 maio 2014

WOUTERS, J. ; CHANÉ, A.-L. Multinational Corporations in International Law. **KU Leuven Working Paper**, n. 129, dez. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2371216>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

_____; RYNGAERT, C. Litigation for Overseas Corporate Human Rights Abuses in the European Union: The Challenge of Jurisdiction. In: **Institute for International Law Working Paper**, n. 124, Katholieke Universiteit Leuven, Faculty of Law, 2008.

WRIGHT, M. Corporations and Human Rights: A Survey of the Scope and Patterns of Alleged Corporate- Related Human Rights Abuse. **Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper**, n. 44, Cambridge, 2008. Disponível em: <http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_44_Wright.pdf>. Acesso em: 21 out. 2014.

WYZANSKI JR., C. E. The philosophical background of the doctrines of human rights. In: HENKIN, A. H. **Human dignity: the internationalization of human rights**. New York: Aspen Institute for Humanistic Studies: Oceana, 1979. p. 9-13.

YOUNG, M. A. (Ed.). **Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation**. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

YOUNG, N. G. International Economic Law, International Corporations, and the Business Judgment Rule. In: **Soochow Law Journal**, Taipei, v. II, n. 2, p. 13 e ss., 2005.

ZADECK, S. The Path to Corporate Responsibility. In: **Harvard Business Review**, Boston, v. 125, pp. 125-132, 2004.

ZAMORA, F. J. Kiobel y la cuestión de extraterritorialidad. In: ZAMORA, F. J.; CÍVICO, J. G.; PALLARES, L. S. (Eds.). **La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos**. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá/Servicio de Publicaciones, 2013.

ZANITELLI, L. M. Corporações e direitos humanos: O debate entre voluntaristas e obrigacionistas e o efeito solapador das sanções. In: **Revista Sur**, edição v. 8, n. 15, jan. 2011.

ZÁRATE, G. F. O. de. Alternativas para disputar el poder, el ser y el saber a las transnacionales. In: **Revista Pueblos**, n. 66, 2015.

ŽIŽEK, S. The Obscenity of Human Rights. **Libcom.org**, 23 nov. 2006. Disponível em: <<http://libcom.org/library/the-obscenity-of-human-rights-violence-as-symptom>>. Acesso em: 23 abr. 2012.

ZOLO, D. **Globalizzazione: una mappa dei problemi**. Roma/Bari: Laterza, 2004.

ZORRINHO, C. Prefácio. In: COSTA, M. A. N. et al. **Responsabilidade Social: uma visão ibero-americana**. Coimbra: Almedina, 2001.

Arbitragens Internacionais

Aconquija SA v. Republica Argentina (ICSID, caso n. ARB/97/03)

World Duty Free v Republic of Kenia (ICSID caso n. ARB/00/7)

AES Corp v Republica Argentina (ICSID, caso n. ARB/02/17)

Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia (ICSID, caso n. ARB/02/3)

Aguas Provinciales de Santa Fe SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua, S.A. vs. República Argentina (ICSID, caso n. ARB/03/17)

Amco Asia Corporation v. Republic of Indonesia. (ICSID, caso n. ARB/81/01, Decisão de Competência)

Azurix Corp. v. República Argentina (ICSID, caso n. ARB/01/12).

Asian Agricultural Products Ltd v. República do Sri Lanka (ICSID Caso n. ARB/87/3)

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan (ICSID, caso n. ARB/03/29)

Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana (Ad hoc tribunal, Julgamento em 27 de outubro de 1989, UNCITRAL).

CMS Gas Transmission Co v. República Argentina (ICSID, caso n. ARB/01/8)

Compañía Del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. República da Costa Rica (ICSID, caso n. ARB/96/1)

Continental Casualty Company v. República Argentina, (ICSID, caso n. ARB/03/9)

El Paso Energy International Co v. Argentina, (ICSID, caso n. ARB/03/15, Decisão sobre Competência em 27 de abril de 2006)

Electrabel S.A. v. República da Hungria (ICSID, caso n. ARB/07/19)

Emilio Agustín Maffezini v. Espanha (ICSID, caso n. ARB/97/7)

Enron Corp & Ponderosa Assets LP v. República Argentina, (ICSID, caso n. ARB/01/3)

Goetz v. Burundi (ICSID, caso n. ARB/95/3, Julgamento)

Industria Nacional de Alimentos SA and Indalsa Perú v Peru, (ICSID, caso n. ARB/03/4)

Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID, caso n. ARB/03/11)

Lanco International Inc. v. The Argentine Republic, (ICSID, caso n. ARB/97/6)

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. República Argentina, (ICSID, caso n. ARB/02/1)

Mabo v Estado de Queensland (1992) 175 CLR 1 a 42.

Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD. v. The Government of Malaysia (ICSID, caso n. ARB/05/10)

Metalclad Corporation v. United Mexican States (ICSID, caso n. ARB/AF/97/1, 30 de agosto de 2000).

Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan (ICSID caso n. ARB/10/03)

Methanex Corporation v. United States, (UNCITRAL, Julgamento Final, 3 de agosto de 2005)

Mondev International Ltd v. Estados Unidos da América (ICSID, caso n. ARB(AF)/99/2)

Noble Ventures Inc v. Romania, (ICSID caso n. ARB/01/11, Julgamento em 12 de outubro de 2005)

Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of Congo (ICSID, caso n. ARB/99/7)

Philip Morris Asia Limited v. Australia, (UNCITRAL, PCA caso n. 2012-12)

Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. e Abal Hermanos S.A. v. República Oriental do Uruguai (ICSID, caso n. ARB/10/7)

Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa (ICSID, caso n. ARB(AF)/07/01)

S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada (UNCITRAL/ NAFTA, julgamento parcial em 13 de novembro de 2000)

Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh (ICSID, caso n. ARB/05/7)

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco (ICSID, caso n. ARB/00/4)

Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic (UNCITRAL, Julgamento Parcial, 17 de março de 2006)

SAUR International SA v. República Argentina (ICSID, caso n. ARB/04/4)

Sempra Energy Int'l v. República Argentina (ICSID, caso n. ARB/02/16)

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República Islâmica do Paquistão, (ICSID, Caso n. ARB/01/13)

Siemens A.G. v. República Argentina (ICSID, caso n. ARB/02/8).

Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt, (ICSID, caso n. ARB/98/4)

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic (ICSID, caso n. ARB/03/17)

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. República Argentina, (ICSID, caso n. ARB/03/19)

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States (ICSID, caso n. ARB (AF)/00/2)

The Channel Tunnel Group Limited 2. France-Manche S.A. v. 1. The Secretary of State for Transport of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland 2.

le ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer du Gouvernement de la République française. (Permanent Court of Arbitration), Partial Arbitral Award, 30 de janeiro de 2007.

United Parcel Service of America Inc. vs. Government of Canada (UNCITRAL, Julgamento em 22/11/2002).

Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. República do Chile (ICSID, caso n. ARB/98/2, Julgamento em 8 de maio de 2008)

Comissões de Direitos Humanos:

COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Report of the United Nations High Commissioner on Human Rights on the responsibilities of transnational corporations and related business enterprises with regard to human rights, E/CN.4/2005/91, 15 de fevereiro de 2005.

COMITÊ DOS DIREITOS DA CRIANÇA. Comentário Geral sobre as obrigações do Estado relativamente ao impacto do setor empresarial nos direitos da criança. CRC/C//GC/16, 15 de março de 2013.

Comissão de Direitos Humanos, *Lilian Celiberti de Casariego versus Uruguay*, Comunicação n. 56/1979, de 29 de julho de 1981.

Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Comunicação n.º. 155/96. Examinada na 30ª Sessão Ordinária, Banjul, Gambia, Outubro de 2001.

_____. Comunicação n.º. 74/92. Examinada na 18ª Sessão Ordinária, Praia, Cabo Verde, Outubro de 1995.

Comissão Europeia de Direitos Humanos. Caso *X versus United Kingdom*, 10 de dezembro de 1976, Caso n.º. 6956/75.

Tribunais de Direitos Humanos:

Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso *Costello-Roberts versus Reino Unido*. Julgamento em 25 de março de 1993.

_____. *Caso Guerra e outros versus Itália*. Julgamento em 19 de fevereiro de 1998.

_____. *Caso López Ostra versus Espanha*. Julgamento em 9 de dezembro de 1994.

_____. *Caso Osman versus Reino Unido*. Julgamento em: 29 de outubro de 1998.

_____. *Caso X e Y versus Netherlands*. Julgamento em 26 de março de 1985.

_____. *Caso Young, James e Webster versus Reino Unido*. Julgamento em 13 de agosto de 1981.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Blake versus Guatemala*. Julgamento em 24 de janeiro de 1998.

_____. *Caso Pueblo Indígena Klichwa de Sarayaku versus Ecuador*. Julgamento em 27 de junho de 2012.

_____. *Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras*. Julgamento em 29 de julho de 1988.

_____. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*. Julgamento em 4 de julho de 2006.

_____. Opinião Consultiva n°. 18/03. Emitida em 17 de setembro de 2003.