

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO
*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN
*Catedrático de Teoría y Filosofía de
Derecho. Instituto Tecnológico
Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
*Ministro en retiro de la Suprema Corte
de Justicia de la Nación y miembro de
El Colegio Nacional*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
*Presidente de la Corte Interamericana de
Derechos Humanos. Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ
*Catedrático de Derecho Mercantil
de la UNED*

LUIS LÓPEZ GUERRA
*Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ
*Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA
*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía
Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA
*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER
*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Catedrática de Derecho Internacional de la
Universidad de Colonia (Alemania)*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO
*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano de
La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO
*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*

TOMÁS SALA FRANCO
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN
*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Valencia*

RUTH ZIMMERLING
*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES
EN EL DERECHO INTERNACIONAL
CONTEMPORÁNEO

DERECHOS HUMANOS Y OBJETIVOS DE
DESARROLLO SOSTENIBLE

CÁSTOR M. DÍAZ BARRADO
JUAN MANUEL RODRÍGUEZ BARRIGÓN
FRANCISCO PEREIRA COUTINHO
Directores

JORGE URBANEJA CILLÁN
Coordinador

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

tirant lo blanch

Valencia, 2020

RESPONSABILIDADE E PRESTAÇÃO DE CONTAS DAS EMPRESAS NO DIREITO INTERNACIONAL

MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA¹

SUMÁRIO: 1. APRECIÇÃO GERAL DA QUESTÃO. 2. ASPETOS GERAIS ACERCA DA RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS. 3. ESFORÇOS DE REGULAÇÃO INTERNACIONAL DAS ATIVIDADES DAS EMPRESAS MULTINACIONAIS. 3.1. Projetos onusianos. 3.2. Projetos de organismos regionais. 3.3. Breve apreciação genérica. 4. AS DIFICULDADES NA REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL DA RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS. 5. A TÍTULO DE CONCLUSÃO.

Resumo: O modelo westfaliano que continua a reger o direito internacional muito dificilmente permite o reconhecimento de personalidade jurídica internacional às empresas. Apesar disso, na vida internacional atuam empresas multinacionais que podem ter muito mais poder do que alguns Estados ou outros sujeitos de Direito Internacional. Cremos, por isso, que os Estados deviam acordar normas dirigidas diretamente às empresas; ou seja, normas que as tornassem incontestavelmente sujeitos de direito internacional e, portanto, permitissem que elas fossem responsabilizadas pela violação grave das mesmas; bem como criar fóruns internacionais a que os lesados por essas atuações se pudessem dirigir, no caso de não haver disponibilidade para internamente se conseguir tal responsabilização.

Abstract: The Westaphlian model that still governs international law very rarely allows the recognition of international legal personality to companies. Nonetheless, in international life there are multinational companies that hold much more power than some States or other subjects of international law. We therefore believe that States should agree on rules applicable directly at companies; which means, rules that would make them undoubtedly subjects of international law. These rules would make them accountable at an international level allowing concerned parties to demand their responsibility, in situations where national authorities are not willing to take action.

Palavras chave: Empresas. Personalidade jurídica internacional. Responsabilização internacional.

Keywords: Corporations. International personality. International responsibility.

¹ Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho.



1. APRECIÇÃO GERAL DA QUESTÃO

Tendo sido convidada a tratar da questão que dá título ao presente texto, importa começar por fazer uma abordagem inicial acerca da questão da responsabilidade n âmbito do Direito Internacional.

A responsabilidade supõe o dever de arcar com as consequências decorrentes de prejuízos materiais ou morais causados a terceiros; dito de outro modo, supõe o dever de reparar tais danos ou prejuízos; e, como se percebe, esse dever surge em relação ao autor do comportamento gerador de tais consequências. Nesta intervenção, iremos referir-nos apenas às situações em que a responsabilidade decorre de condutas ilícitas; ou seja, aos casos em que os referidos prejuízos resultam de um comportamento violador de obrigações jurídicas que impõem comportamentos positivos ou que determinam comportamentos negativos.

Como é óbvio, se a obrigação violada for uma obrigação de natureza internacional, gerar-se-á responsabilidade internacional. E deve ter-se a noção de que a matéria da responsabilidade internacional surge como uma dimensão fundamental na afirmação do próprio direito internacional. Basta pensar que as correntes negadoras da jurisdição do Direito Internacional viam na falta de consequências das violações das suas normas —decorrente do facto de não existir uma autoridade superior aos seus destinatários, os Estados— um fundamento irrefutável da sua tese. Torna-se, por isso, importante a afirmação sem reboço da responsabilidade daqueles que violam normas de direito internacional, independentemente da sua natureza.

Todavia, tal como aconteceu —e continua a acontecer—, em termos gerais, com o direito internacional, também em matéria de responsabilidade internacional todo o corpo normativo foi estruturado em torno do Estado, de acordo com o paradigma westfaliano. Com Pérez Solla, pode afirmar-se que “[o] atual sistema trata quase exclusivamente de questões interestaduais. O impacto dos atores não-estaduais ainda não está adequadamente refletido”². E isto manifesta-se também em matéria de responsabilidade internacional.

² María Fernanda PÉREZ SOLLA, “The Notion of International Responsibility: A ‘Classic’ in Times of Change?”, http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Perez-Solla_0.PDF [último acesso: 05.05.2018].

Mesmo em relação ao Estado, se o princípio da responsabilidade estava há muito afirmado, é sabido que foram precisas mais de cinco décadas para que a Assembleia Geral viesse a “tomar conhecimento” (segundo se lê na resolução 56/83, de 12 de dezembro de 2001) do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por Facto Internacionalmente Ilícito, da autoria da Comissão de Direito Internacional³, cujo destino ainda não está definido, havendo Estados que pretendem que se converta num tratado internacional e outros que se opõem a essa solução. É verdade que, 10 anos volvidos sobre aquela resolução da AG, este órgão voltou a “tomar nota”, agora de um projeto de artigos sobre a Responsabilidade das Organizações Internacionais⁴, da autoria da mesma Comissão de Direito Internacional, que no essencial reproduz, adaptando, o referido Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados e que é aplicável à responsabilidade dessas organizações, bem como “à responsabilidade internacional de um Estado por um ato internacionalmente ilícito em conexão com a conduta de uma organização internacional”⁵.

Digamos que a grande inovação na matéria é a da responsabilização internacional de indivíduos por violações graves e expandidas dos direitos humanos, que, com ressalva dos Tribunais de Nuremberga e de Tóquio, surgiu associada sobretudo à criação dos tribunais penais *ad hoc* da última década do séc. XX e à atuação do Tribunal Penal Internacional (TPI), segundo o seu nome oficial —que mais corretamente deveria designar-se por Tribunal Internacional Penal—, a partir de 2002 (quando o respetivo Estatuto entra em vigor)... e mesmo assim as dificuldades na implementação dessa responsabilidade são de todos conhecidas...⁶.

³ Na verdade, esta Comissão começou a tratar da matéria na década de 50 do séc. XX, tendo o primeiro Relator sido Garcia-Amador.

⁴ Pela resolução 66/100, de 9 de dezembro de 2011.

⁵ Art. 1.º, n.º 2, do referido projeto.

⁶ É sabido que alguns Estados —como, por exemplo, os Estados Unidos da América ou Israel— foram sempre ferozes opositores da criação do Tribunal Penal Internacional. Muito recentemente (a 10 de setembro de 2018), a Reuters noticiava que John Bolton, conselheiro da defesa nacional da Administração Trump, afirmava que “os Estados Unidos usarão todos os meios necessários para proteger os nossos cidadãos e os dos nossos aliados de um processo injusto por esse Tribunal ilegítimo”, e avisou que a resposta dos Estados Unidos podia incluir sanções contra os juizes do TPI caso esses

2. ASPETOS GERAIS ACERCA DA RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS

Não obstante se manter a centralidade do Estado no corpo normativo do direito internacional, a verdade é que, “como resultado da

processos avancem; e que ponderavam “proibir a entrada de juizes e procuradores [do TPI] nos Estados Unidos, aplicar sanções a quaisquer fundos que eles tenham no sistema financeiro dos EUA e processá-los nos tribunais americanos” (Steve HOLLAND, “Trump administration takes aim at International Criminal Court, PLO”, *Reuters*, 10 de setembro de 2018). Além disso, tem-se assistido a um forte antagonismo dos Estados africanos —e mesmo da União Africana (UA)— em relação a esse Tribunal. Para além das ameaças de denúncia do Estatuto do TPI por três Estados africanos —Burundi, África do Sul e Gâmbia— ocorridas em outubro de 2016 (de que só se efetivou a do Burundi, em outubro de 2017, a que se viria a juntar a de um outro Estado não africano —as Filipinas—, em março de 2019), a referida organização regional tem procurado reforçar os seus órgãos judiciais, propondo-se criar um Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos (que resultaria da fusão do Tribunal de Justiça da União Africana e do Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos), cuja jurisdição abrangerá matéria de natureza criminal, que é definida em termos parcialmente coincidentes (embora mais amplos) com a competência do TPI. Mais estranho é ver um órgão desta organização regional —em concreto, a sua Assembleia Geral— emanar uma resolução em que apela aos Estados africanos partes no Estatuto do TPI a que cometam um ilícito, ao aprovar uma decisão em que “Reitera a sua decisão de que os Estados membros da UA não devem cooperar com o TPI na detenção e entrega do Presidente Omar Hassan El-Bashir, do Sudão” (par. 5 da resolução Assembly/AU/Dec.296(XV), de 27 de julho de 2010), o que viola os deveres de cooperação assumidos pelos Estados partes, nos termos do art. 86.º do Estatuto do TPI, que determina “Os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste”. Acresce que, nos termos do Protocolo de Malabo, de 2014, que introduziu alterações ao projeto do Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos, se estabelece que “[n]ão serão deduzidas perante o Tribunal quaisquer acusações ou, se deduzidas, não prosseguirão contra qualquer Chefe de Estado ou de Governo da UA em funções ou contra qualquer pessoa que atue ou esteja autorizado a atuar nessa capacidade, ou contra outros altos funcionários do Estado com base em atuações no exercício das suas funções, durante o seu mandato”, o que pode ser um importante entrave à prossecução do objetivo que conduziu à criação do TPI: pôr fim à impunidade dos autores dos crimes de maior gravidade que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, como decorre do Preâmbulo do seu Estatuto. Sobre esta questão, veja-se Rui GARRIDO, “Pode o Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos ser uma solução africana para problemas africanos?”, *Relações Internacionais*, n.º 54, junho 2017, pp. 55 a 71 ou Wladimir BRITO, “Da tensão entre a União Africana e o Tribunal Internacional Penal nasce o Tribunal Africano de Justiça e Direitos do Homem” *Scientia Iuridica*, Tomo LXVII-N.º 347, pp. 125-140.

globalização da economia, empresas multinacionais e outras empresas têm hoje um papel importante em várias áreas previamente consideradas do domínio exclusivo do Estado”⁷. Aliás, pode mesmo dizer-se que, com a vitória do modelo neo-liberal —não apenas visto no plano económico— no final da guerra fria, passou a ser equacionável —e depois a ser concretizado— o desenvolvimento, por empresas privadas, de tarefas consideradas “inerentes ao núcleo fundamental da soberania estadual”⁸, como é manifestamente o caso das Empresas Militares Privadas, contratadas por Estado para participar, em seu nome, em conflitos armados.

Certo é que as empresas privadas —e designadamente, as empresas multinacionais— podem trazer importantes benefícios aos indivíduos e contribuir para a realização dos seus direitos, nomeadamente pela sua capacidade de criar postos de trabalho e de dinamizar a economia e produzir bens de grande interesse para o indivíduo, como medicamentos e tecnologias médicas. Todavia, podem também ser fonte de violações graves dos direitos dos indivíduos; e infelizmente são conhecidos numerosos casos que o atestam. E parece de mediano bom senso concluir que essas violações, que provocam danos relevantes, devem gerar a responsabilização das empresas que os produzem, e que essa responsabilização também deve ser afirmada no plano internacional para evitar a impunidade das mesmas, nas situações em que o(s) Estado(s) que poderia(m) exigir essa responsabilidade não atua(m).

No entanto, face ao direito internacional, o Estado é o primeiro sujeito a quem cabe garantir os direitos humanos. Alargar essas obrigações a entidades não estaduais, como empresas multinacionais, cria novas complexidades a este ramo do direito, ao implicar a revisão de alguns princípios doutrinários, designadamente o da personalidade jurídica internacional, que será certamente nodular nesta matéria. Nesse sentido, pense-se que a afirmação da responsabilidade internacional das

⁷ Nicola JÄGERS, “Colloquium on the Liability of Multinational Corporations under International Law. 29 and 30 April 1999, Rotterdam, The Netherlands”, *International Law FORUM du droit international*, vol. 1, 1999, p. 181.

⁸ Maria de Assunção do Vale PEREIRA, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 275.

organizações internacionais teve via facilitada em virtude de a personalidade jurídica internacional destas entidades estar já bem afirmada.

Como refere Liberti, “no pragmatismo jurídico dominante dos nossos dias, as referências genéricas aos “atores não estatais” ou então às entidades “participantes” na vida das relações económicas internacionais não são mais do que fórmulas descritivas de fenómenos factuais que não fornecem qualquer instrumento conceptual à análise jurídica”⁹; ou seja, como dissemos num outro trabalho, o recurso crescente à expressão “atores internacionais” surge apenas como forma de contornar a questão da personalidade jurídica internacional¹⁰, sem resolver os problemas subjacentes.

Em consequência, encontramos normas, dirigidas sobretudo aos Estados, em que se exige que as empresas sedeadas, ou que atuem, no seu território respeitem determinadas obrigações (essencialmente, em matéria de direitos humanos). Nesta visão, “um Estado pode incorrer em responsabilidade internacional por força de comportamentos realizados por uma pessoa privada apenas se os seus órgãos não tomaram as medidas de prevenção ou de repressão a que estavam obrigados à luz do direito internacional: portanto, responde sempre por facto dos seus próprios órgãos”¹¹. Ou seja, tudo se passa um pouco como ocorreu com os primeiros textos do direito internacional em que se consagravam direitos individuais: neles, os Estados comprometeram-se internacionalmente a respeitar os direitos dos indivíduos —como aconteceu por exemplo, com o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos—, mas os indivíduos só tiveram a possibilidade de exigir a responsabilização internacional do Estado violador dos seus direitos fundamentais a partir do momento em que normas internacionais criaram mecanismos acessíveis aos indivíduos; portanto, normas internacionais

⁹ Lahra LIBERTI, “La responsabilité des entreprises en droit international: chimère ou réalité”, *International Law FORUM du droit international*, vol. 7, 2005, p. 236.

¹⁰ Cf. Maria de Assunção do Vale PEREIRA, “Os atores não-estadauais dos conflitos armados e personalidade jurídica internacional”, *Anuário Português de Direito Internacional 2014/2015*, Lisboa, 2016, p. 23.

¹¹ Marina SPINEDI, “Private contractors: responsabilité internationale des entreprises ou attribution à l’Etat de la conduite des personnes privées?”, *International Law FORUM du droit international*, vol. 7, 2005, pp. 27-275.

diretamente dirigidas ao indivíduo, que fizeram dele sujeito do direito internacional.

Como dissemos, o conceito de personalidade jurídica internacional revela-se, a este propósito, fundamental. Efetivamente, “a qualidade de sujeito de direito internacional é própria do ente individual ou coletivo a quem o direito internacional atribui a capacidade de ser titular de direitos e obrigações e de desencadear processos por si regulados”¹². E, como afirmou Klabbbers a propósito das organizações internacionais, mas que se pode extrapolar em relação às empresas, a verdade é que “[s]em personalidade jurídica, essas entidades não existem face ao direito. Assim, não podem praticar o tipo de atos que seria reconhecido por esse sistema jurídico nem ser responsabilizadas pelo direito internacional”¹³. Ora, só se as normas internacionais impuserem obrigações às empresas, elas poderão ser responsabilizadas internacionalmente pelo seu incumprimento. Porém, o facto de as empresas serem referidas como “atores” internacionais decorre precisamente de não lhes ser reconhecida personalidade jurídica internacional, levando a que a sua responsabilização internacional se depare com engulhos substanciais.

3. ESFORÇOS DE REGULAÇÃO INTERNACIONAL DAS ATIVIDADES DAS EMPRESAS MULTINACIONAIS

Perante as questões suscitadas e as dificuldades com que a comunidade internacional se depara em matéria de responsabilização das empresas, têm-se verificado algumas iniciativas para abordar essa problemática e mesmo para tentar definir algumas normas aplicáveis na matéria. O destaque nesta matéria vai certamente para a atuação para a Organização das Nações Unidas (ONU), que tem desenvolvido importantes esforços no sentido de definir regras aplicáveis à atuação

¹² J. A. Azeredo LOPES, *Entre Solidão e Intervencionismo. Direito de Autodeterminação dos Povos e Reações de Estados Terceiros*, Porto: PUC, 2003, p. 117.

¹³ Jan KLABBERS, “The Concept of Legal Personality”, *Ius Gentium*, vol. 11, 2005, p. 37.

destas empresas. Vamos referir alguns dos mais importantes documentos desenvolvidos sobre a questão.

3.1. Projetos onusianos

No seio da Organização das Nações Unidas (ONU), a preocupação decorrente com as consequências perversas da atuação destas empresas sobre os direitos humanos conduziu à criação, na década de 70 do século XX¹⁴, pelo Conselho Económico e Social, da Comissão das Sociedades Transnacionais, bem como o Centro de Sociedades Transnacionais, como o objetivo de elaborar “um código de conduta que regulasse, em termos vinculantes, as atividades das multinacionais em relação aos direitos humanos”¹⁵. No entanto, o Projeto elaborado pela referida Comissão contou com a forte oposição de vários Estados, o que impediu

¹⁴ Recorde-se que, em dezembro de 1972, o então Presidente chileno, Salvador Allende, discursou na Assembleia Geral das Nações Unidas, chamando a atenção para o poder excessivo das multinacionais nos Estados do Terceiro Mundo, tendo afirmado, *inter alia*, em relação ao seu país: “Somos também vítimas de uma clara agressão. Duas empresas que fazem parte do núcleo central das grandes empresas transnacionais que afundaram suas garras no meu país, a International Telegraph and Telephone Company e a Kennecott Copper Corporation, tentaram administrar a nossa vida política” [Salvador Allende, Speech to the United Nations, disponível em <https://www.marxists.org/archive/allende/1972/december/04.htm> último acesso: (23.07.2018)]. E referia, ainda: “Em julho último, o mundo tomou conhecimento, com espanto, de diferentes aspetos de um novo plano de ação que a ITT [International Telegraph and Telephone] tinha apresentado ao Governo dos EU com vista a derrubar o meu Governo no período de seis meses”. E a verdade é que Esteve Moltó refere que a atuação destas empresas suscita preocupações “não só em relação a sistemáticas violações de direitos humanos, mas inclusive na deposição violenta de governos”, referindo que golpes de Estado, como exemplo o que derrube Salvador Allende no Chile (1973), não teriam sido possíveis “sem a cumplicidade” da empresa transnacional *International Telegraph and Telephone* (José Elías ESTEVE MOLTÓ, “Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 27, 2011, p. 317.

¹⁵ Erika GONZÁLEZ, “Naciones Unidas”, *Diccionario Crítico de Empresas Transnacionales*, Observatorio de Multinacionales en América Latina, disponível em <http://omal.info/spip.php?article4846> [último acesso: 04.09.2018].

a sua adoção, e levou a que referida Comissão acabasse por, em 1993, ser reconvertida num Gabinete subordinado à Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento¹⁶.

Por outro lado, nos anos de 2002 e 2003, foram apresentados ao Conselho de Segurança (CS) relatórios do Grupo de peritos sobre a exploração ilegal dos recursos naturais na República Democrática do Congo. Na opinião de Liberti, trata-se de “um exemplo notável da tomada em consideração diretamente (ou seja, sem mediação do Estado) da conduta de empresas privadas”¹⁷, atendendo a que é a primeira vez [ressalva feita a um precedente histórico¹⁸], “que os comportamentos de empresas privadas são submetidos a processos de avaliação que decorrem diretamente do direito internacional”¹⁹. O grupo de peritos pôs em evidência o papel determinante do setor privado na exploração ilegal de recursos²⁰ e na prossecução da guerra na República Democrática do Congo. No final, eram feitas recomendações e identificadas as empresas e indivíduos que devem ser objeto de restrições financeiras; indivíduos a ser objeto de restrições de voos; e ainda das empresas que considerava não respeitarem as Linhas Diretrizes estabelecidas pela OCDE, que referiremos adiante.

Uma outra iniciativa teve lugar em 1988, quando a Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias decidiu criar um Grupo de Trabalho²¹, pelo período de três anos, constituído por cinco dos seus membros, “encarregado de examinar os métodos de

¹⁶ Cf. José Elías ESTEVE MOLTÓ, “Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»...”, *cit.*, p. 317..

¹⁷ V. Doc. S/2002/1146, de 16 de outubro de 2002 (Carta de 15 de outubro de 2002 dirigida ao Presidente do Conselho de Segurança pelo Secretário Geral) e doc. S/2003/1027, de 23 de outubro de 2003 (Carta de 23 de outubro de 2003 dirigida ao Presidente do Conselho de Segurança pelo Secretário Geral), que integra os Relatórios finais do Grupo de Peritos sobre a exploração ilegal dos recursos naturais e outras riquezas da República Democrática do Congo.

¹⁸ Relativo a listas negras de empresas responsáveis de violações do regime de sanções contra a África do Sul.

¹⁹ Lahra LIBERTI, “La responsabilité des entreprises en droit international: chimère ou réalité”, *cit.*, pp. 237-238.

²⁰ Centrando-se os inquéritos levados a cabo na exploração de diamantes, ouro, coltan, cobre, cobalto, madeira, fauna e flora selvagens, e ainda nos recursos financeiros e trocas comerciais em geral [cf. par. 4 do doc. S/2002(1146)].

²¹ Criado pela resolução E/CN.4/Sub.2/Res/1998/8, de 20 de agosto de 1998.

trabalho e as atividades das empresas transnacionais”, cujo mandato abarcava *inter alia* a análise da atuação dessas empresas e o gozo dos direitos humanos, bem como o exame do alcance da obrigação dos Estados de regular as atividades das empresas transnacionais e o seu impacto sobre o gozo dos direitos humanos de todas as pessoas sob sua jurisdição”²². E, em 2003, foi apresentado um documento intitulado *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*²³, em que se estabelecia um conjunto de obrigações a cargo das empresas, assim como se afirmava a responsabilidade tanto das empresas (prevendo-se o seu dever de “providenciar uma reparação rápida, eficaz e adequada àquelas pessoas, entidades e comunidades que tenham sido afetadas negativamente pelo incumprimento das presentes normas através, *inter alia*, de reparações, restituição, compensação e reabilitação (...)”²⁴) como dos Estados (a quem incumbe o dever de “estabelecer e reforçar o quadro jurídico e administrativo necessário para assegurar” a aplicação das Normas em causa e dos demais instrumentos nacionais e internacionais pertinentes²⁵). Além disso, definem-se procedimentos de verificação do cumprimento das obrigações estabelecidas por parte das Nações Unidas, nomeadamente através de monitorização e inspeções periódicas²⁶. Uma vez mais, face às violentas reações por parte do setor empresarial e de muitos Estados, o documento foi abandonado.

Posteriormente, em 2005, foi nomeado um Representante Especial do Secretário-Geral sobre Direitos Humanos e Empresas Transnacionais e outras Empresas —no caso, John Ruggie—, que apresentou um Relatório em 2008, denominado *Proteger, Respeitar e Remediar: um enquadramento para as atividades empresariais e os direitos huma-*

²² Veja-se, em particular, o parágrafo 4 da resolução referida na nota anterior.
²³ Adotado pela resolução E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003), de 26 de agosto de 2003.
²⁴ Par. 18 do documento referido na nota anterior.
²⁵ Veja-se o par. 17 do documento referido.
²⁶ Como referido no par. 16 do documento. Outras vias de atuação, pelas Nações Unidas e por outras organizações intergovernamentais, são referidas em David WEISSBRODT/Muria KRUGER, “Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights”, *American Journal of International Law*, vol. 97, N.º 4, 2003, pp. 917-920.

*nos*²⁷ (que ficou conhecido como Relatório Ruggie), que assenta em 3 pilares: 1) a obrigação do Estado de oferecer proteção face aos abusos dos direitos humanos cometidos por terceiros, incluindo as empresas; 2) a obrigação das empresas de respeitar os direitos humanos, atuando com a devida diligência para não violar os direitos de terceiros, e reparar as consequências negativas da sua atuação; 3) a necessidade de melhorar o acesso das vítimas a vias de reparação efetivas (judiciais ou extrajudiciais). Um novo Relatório foi apresentado pelo mesmo Relator em 2011, com o título *Princípios Orientadores sobre as empresas transnacionais e os direitos humanos: Implementação do Quadro de Referência «Proteger, Respeitar e Remediar» das Nações Unidas*, acolhido pelo Conselho dos Direitos Humanos²⁸, que desenvolvem e concretizam os mesmos três pilares.

Finalmente, refira-se um documento das Nações Unidas intitulado *Guidelines on the Use of Armed Security Services from Private Security Companies*, que foi publicado em novembro de 2012 pelo UN Department of Safety and Security, e que constitui “a primeira tentativa de introduzir regras para o uso de serviços de segurança armados dentro do sistema da ONU”²⁹. Nos termos deste documento, para além de se estabelecer que o recurso a segurança armada contratada “só pode ser considerado quando não houver possibilidade de fornecimento de segurança armada adequada e apropriada pelo governo anfitrião, Estado(s) membro(s) alternativo(s) ou recursos internos do sistema das Nações Unidas”³⁰, definem-se parâmetros para a avaliação de desempenho dos contratados, entre os quais figura o de “padrões elevados de integridade, competência e desempenho de acordo com os standards e princípios de direitos humanos internacionalmente aceites”³¹.

²⁷ Veja-se a resolução A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008.

²⁸ Veja-se resolução A/HRC/17/31, de 21 de março de 2011.

²⁹ Lou PINGEOT, “The United Nations Guidelines on the Use of Armed Private Security. Towards a Normalisation of UN Use of Security Contractors”, *International Community Law Review*, vol. 16, 2014, p. 463.

³⁰ Elke KRAHMANN, “The UN Guidelines on the Use of Armed Guards. Recommendations for Improvement”, *International Community Law Review*, vol. 16, 2014, p. 477.

³¹ *Guidelines on the Use of Armed Security Services from Private Security Companies*, 08 de novembro de 2012, par. 54. e.

3.2. Projetos de organismos regionais

A 27 de junho de 2000³², a OCDE aprovou uma Declaração sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais, cuja Parte I integra as *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* — que teve, entretanto, novas edições — que “são recomendações dirigidas conjuntamente por governos a empresas multinacionais. Estabelecem princípios e padrões de boas práticas consistentes com as normas aplicáveis”, como se lê no documento³³. Pela sua implementação, “deverão contribuir para o progresso económico, social e ambiental com vista a alcançar um desenvolvimento sustentável”, respeitando “os direitos humanos daqueles que são afetados pelas suas atividades, em coerência com as obrigações e os compromissos internacionais do governo hospedeiro”³⁴. Estabelece ainda princípios em matéria de relações de trabalho e industriais; proteção do ambiente; combate ao suborno; interesses dos consumidores; ciência e tecnologia; concorrência; tributação. Na parte II do documento, definem-se procedimentos com vista à implementação das linhas diretrizes, relativos aos Pontos de Contacto Nacionais (*National Contact Points*), que devem ser estabelecidos nos países aderentes “para promover a eficácia das *Guidelines*, realizando atividades de promoção, respondendo a consultas e contribuindo para a resolução das questões que surjam em relação à implementação das *Guidelines* em casos específicos, levando em conta o Guia Procedimental anexo”³⁵.

³² Na sequência de decisões e estudos anteriores na matéria.

³³ Par. 1 de I. *Concepts and Principles da Parte I - OECD Guidelines for Multinational Enterprises*.

³⁴ Pars. 1 e 2 de II. *General Policies*.

³⁵ Par. 1 de I. *National Contact Points*, constante da *Decision of the OECD Council on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, incluída na *PART II - Implementation Procedures of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. Nos termos do Guia Procedimental referido, em que são especificadas a organização e as tarefas destes Pontos de Contacto, os mesmos devem atuar de acordo com “os critérios fundamentais de visibilidade, acessibilidade, transparência e prestação de contas para atingir o objetivo da equivalência funcional” (*Procedural Guidance, I. National Contact Points*). Sobre este aspeto, veja-se David WEISSBRODT, “La mise en œuvre des Principes directeurs de l’OCDE à l’intention des entreprises multinationales: Réflexions sur le nouveau mandat des Points de contact nationaux”, *International Law FORUM du droit international*, vol. 7, 2005, p. 251-260.

3.3. Breve apreciação genérica

Sem que caiba fazer uma análise aprofundada dos vários documentos referidos, siempre se dirá que, obviamente, todos estes esforços merecem o nosso louvor. Porém, não ultrapassam o problema que começamos por referir, relativo à falta de personalidade jurídica internacional das empresas em causa, que se traduz na inexistência de normas internacionais que as vinculem diretamente e, conseqüentemente na impossibilidade da sua responsabilização internacional por violação das mesmas.

Efetivamente, os relatórios referidos do Grupo de peritos sobre a exploração ilícita dos recursos da República Democrática do Congo, apresentados ao Conselho de Segurança, tiveram o mérito de ter sido submetidos diretamente a um órgão internacional, mas, como o nome indica, são tão só relatórios, que terminam com recomendações. Do mesmo modo, o documento referido, pomposamente designado por “Normas...” (*Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*), pode eventualmente “ser considerado o que os internacionalistas chamam ‘soft law’ e pode fornecer a base para a elaboração de um tratado de direitos humanos sobre responsabilidade social das empresas”, como refere Weissbrodt³⁶; o que não contém, certamente, são verdadeiras normas jurídicas.

Por outro lado, os Relatórios que mencionamos, de 2008 e de 2011, são, como o nome esclarece, ‘Relatórios’, pelo que não estabelecem obrigações jurídicas —portanto, não são vinculantes—, mas deveres que deverão ser respeitados pelos Estados e empresas multinacionais, se a isso estiverem dispostos. Nesses relatórios, aborda-se também a matéria do acesso a recursos —judiciais e não judiciais—, mas, obviamente, trata-se de recursos internos, que operam no caso de os Estados terem legislado no sentido estabelecido no Relatório; ou seja, mesmo que haja essa disponibilidade, trata-se de recursos por violação de normas internas. Aliás, no Relatório de 2008, reconhece-se que as medidas adotadas até então “são pouco numerosas,

³⁶ David WEISSBRODT, “UN Human Rights Norms for Business”, *cit.*, p. 295.

3.2. Projetos de organismos regionais

A 27 de junho de 2000³², a OCDE aprovou uma *Declaração sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais*, cuja Parte I integra as *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* —que teve, entretanto, novas edições— que “são recomendações dirigidas conjuntamente por governos a empresas multinacionais. Estabelecem princípios e padrões de boas práticas consistentes com as normas aplicáveis”, como se lê no documento³³. Pela sua implementação, “deverão contribuir para o progresso económico, social e ambiental com vista a alcançar um desenvolvimento sustentável”, respeitando “os direitos humanos daqueles que são afetados pelas suas atividades, em coerência com as obrigações e os compromissos internacionais do governo hospedeiro”³⁴. Estabelece ainda princípios em matéria de relações de trabalho e industriais; proteção do ambiente; combate ao suborno; interesses dos consumidores; ciência e tecnologia; concorrência; tributação. Na parte II do documento, definem-se procedimentos com vista à implementação das linhas diretrizes, relativos aos Pontos de Contacto Nacionais (National Contact Points), que devem ser estabelecidos nos países aderentes “para promover a eficácia das Guidelines, realizando atividades de promoção, respondendo a consultas e contribuindo para a resolução das questões que surjam em relação à implementação das Guidelines em casos específicos, levando em conta o Guia Procedimental anexo”³⁵.

³² Na sequência de decisões e estudos anteriores na matéria.

³³ Par. 1 de I. Concepts and Principles da Parte I – OECD Guidelines for Multinational Enterprises.

³⁴ Pars. 1 e 2 de II. General Policies.

³⁵ Par. 1 de I. National Contact Points, constante da Decision of the OECD Council on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, incluída na PART II - Implementation Procedures of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Nos termos do Guia Procedimental referido, em que são especificadas a organização e as tarefas destes Pontos de Contacto, os mesmos devem atuar de acordo com “os critérios fundamentais de visibilidade, acessibilidade, transparência e prestação de contas para atingir o objetivo da equivalência funcional” (*Procedural Guidance*, I. National Contact Points). Sobre este aspeto, veja-se David WEISSBRODT, “La mise en œuvre des Principes directeurs de l’OCDE à l’intention des entreprises multinationales: Réflexions sur le nouveau mandat des Points de contact nationaux”, *International Law FORUM du droit international*, vol. 7, 2005, p 251-260.

3.3. Breve apreciação genérica

Sem que caiba fazer uma análise aprofundada dos vários documentos referidos, siempre se dirá que, obviamente, todos estes esforços merecem o nosso louvor. Porém, não ultrapassam o problema que começamos por referir, relativo à falta de personalidade jurídica internacional das empresas em causa, que se traduz na inexistência de normas internacionais que as vinculem diretamente e, conseqüentemente na impossibilidade da sua responsabilização internacional por violação das mesmas.

Efetivamente, os relatórios referidos do Grupo de peritos sobre a exploração ilícita dos recursos da República Democrática do Congo, apresentados ao Conselho de Segurança, tiveram o mérito de ter sido submetidos diretamente a um órgão internacional, mas, como o nome indica, são tão só relatórios, que terminam com recomendações. Do mesmo modo, o documento referido, pomposamente designado por “Normas...” (*Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*), pode eventualmente “ser considerado o que os internacionalistas chamam ‘soft law’ e pode fornecer a base para a elaboração de um tratado de direitos humanos sobre responsabilidade social das empresas”, como refere Weissbrodt³⁶; o que não contém, certamente, são verdadeiras normas jurídicas.

Por outro lado, os Relatórios que mencionamos, de 2008 e de 2011, são, como o nome esclarece, ‘Relatórios’, pelo que não estabelecem obrigações jurídicas —portanto, não são vinculantes—, mas deveres que deverão ser respeitados pelos Estados e empresas multinacionais, se a isso estiverem dispostos. Nesses relatórios, aborda-se também a matéria do acesso a recursos —judiciais e não judiciais—, mas, obviamente, trata-se de recursos internos, que operam no caso de os Estados terem legislado no sentido estabelecido no Relatório; ou seja, mesmo que haja essa disponibilidade, trata-se de recursos por violação de normas internas. Aliás, no Relatório de 2008, reconhece-se que as medidas adotadas até então “são pouco numerosas,

³⁶ David WEISSBRODT, “UN Human Rights Norms for Business”, *cit.*, p. 295.

nenhuma tendo adquirido uma importância proporcional aos problemas que enfrenta”³⁷.

Quanto ao documento *Guidelines on the Use of Armed Security Services from Private Security Companies*, sendo um documento meritório, também lhe têm sido apontadas várias deficiências³⁸, para além de que deve reconhecer-se-lhe um âmbito de aplicação manifestamente reduzido, atendendo a que é um documento das Nações Unidas dirigido às Nações Unidas e apenas versa sobre serviços de segurança armados (e não militares) contratados por essa organização³⁹.

Por fim, no que toca ao mencionado documento da OCDE, os problemas da falta de vinculatividade são os mesmos dos documentos anteriormente referidos, como decorre do texto do próprio documento, que afirma que as *Guidelines* “são recomendações dirigidas conjuntamente por governos a empresas multinacionais. (...) A observância das *Guidelines* pelas empresas é voluntária e não juridicamente executória”⁴⁰.

4. AS DIFICULDADES NA REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL DA RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS

Os esforços de regulamentação internacional da matéria relativa à atuação das empresas multinacionais e seu impacto nos direitos humanos revelam um interesse crescente da comunidade internacional

³⁷ Relatório *Proteger, Respeitar e Remediar: um enquadramento para as atividades empresariais e os direitos humanos*, resolução A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008, par. 106.

³⁸ Designadamente, o facto de “não trata[re]m da responsabilização por abusos de direitos humanos e reparação efetiva em caso de violações, um requisito estabelecido no Documento de Montreux [sobre as obrigações jurídicas pertinentes e boas práticas dos Estados relativas a operações militares e de segurança privadas] e que é a base de qualquer política de conformidade com os direitos humanos” (Lou PINGEOT, “The United Nations Guidelines on the Use of Armed Private Security. Towards a Normalisation of UN Use of Security Contractors?” *International Community Law Review*, vol. 16, 2014, p. 469).

³⁹ Uma apreciação deste documento pode ver-se em LOU PINGEOT, “The United Nations Guidelines on the Use of Armed Private Security...?”, *cit.*, pp. 461-474.

⁴⁰ Par. 1 de I. Concepts and Principles da Parte I – OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Os itálicos são nossos e sublinham o carácter não vinculante do documento.

no assunto, o que é, sem dúvida, um aspeto positivo, fruto de uma progressiva consciencialização dessa comunidade acerca do impacto negativo no gozo dos direitos humanos, que muitas vezes resulta da forma como essas empresas desenvolvem a sua atividade.

Todavia, o direito internacional, apesar dos grandes desenvolvimentos que tem tido, continua largamente centrado nos Estados, pelo que a estes cabe, se a isso estiverem dispostos, adotar as normas de direito internacional que definam direitos e obrigações diretamente aplicáveis às empresas (tornando-as sujeitos de direito internacional), permitindo que possam ser internacionalmente responsabilizadas se violarem tais obrigações; e que estabeleçam mecanismos internacionais perante os quais se possa invocar a responsabilidade de tais empresas, no caso de os Estados para tanto competentes não agirem de forma a efetivar essa responsabilidade. E isto é tanto mais importante quanto se sabe que há empresas multinacionais com orçamentos superiores aos Estados em que estão localizadas as suas atividades, ou que têm um papel fundamental no derrube de governos; e, obviamente, em situações desse tipo, dificilmente se poderá esperar que a justiça desses Estados possa fazer alguma coisa relevante em relação a tais empresas.

Apesar da falta de interesse genericamente manifestada pelos Estados em dotar as empresas multinacionais de personalidade jurídica internacional, podemos encontrar alguma exceção. Assim, se pensarmos na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada pela resolução 55/255 da Assembleia Geral, de 8 de junho de 2001, encontramos uma disposição —o art. 10.º—, que tem por epígrafe *Responsabilidade das pessoas jurídicas*, e que determina a obrigação dos Estados adotarem as medidas necessárias ao estabelecimento da responsabilidade das pessoas jurídicas (onde cabem as empresas) pela participação em infrações graves previstas em disposições específicas da Convenção, em que esteja envolvido um grupo criminoso organizado. Portanto, afirma-se a sua responsabilidade por violação de normas internacionais, embora caiba ao Estado adotar as medidas necessárias à sua efetiva responsabilização.

No entanto, tendo em conta que, como afirma John Ruggie no seu Relatório de 2008, “é reconhecido que alguns dos mais egrégios abusos dos direitos humanos, incluindo os relacionados com empresas,

ocorrem em zonas de conflito”, é importante ter em conta o caso das empresas militares privadas⁴¹, que, como o nome indica, atuam militarmente; o que é o mesmo que dizer que recorrem à força armada, exercendo funções próprias da soberania estadual, que tradicionalmente eram desenvolvidas exclusivamente pelas forças armadas do Estado. E se é sabido que, no decurso dos conflitos armados, se verificam violações dos direitos humanos de enorme gravidade como talvez em nenhum outro contexto, torna-se importante apurar que normas regem essas empresas e se elas podem ser responsabilizadas por violação das mesmas.

Quanto à primeira questão, o Comité Internacional da Cruz Vermelha (CICV) esclareceu: “o direito internacional humanitário [DIH] regula, em situações de conflito armado, tanto as atividades do pessoal dessas empresas como a responsabilidade dos Estados que as contratam”⁴², no que pode ver-se a afirmação da aplicabilidade direta das normas de DIH. Quanto à responsabilização, podemos dizer que, à luz do dito Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por Facto Internacionalmente Ilícito, não cremos que surjam grandes dúvidas sobre a possibilidade de responsabilização dos Estados que contratam Empresas Militares Privadas pelos ilícitos praticados pelos agentes destas empresas quando participam diretamente em conflitos armado. Com efeito, nos termos do seu art. 5.º desse Projeto, estabelece-se: “O comportamento de uma pessoa ou entidade que não seja um órgão do Estado segundo o artigo 4, mas a quem o direito desse Estado tenha habilitado a exercer prerrogativas de poder público será considerado como facto do Estado segundo o Direito Internacional, desde que, no caso em questão, a pessoa ou entidade tenha agido nessa qualidade”. Ora, não parece suscitar dúvidas que o exercício da função bélica do Estado corresponde ao exercício de uma “prerrogativa de poder público” e que estamos face a atuações de entidades a quem o Estado habilitou a exercer essa prerrogativa. Porém, há que reconhecer que essa responsabilização não se tem efetivado na

⁴¹ Normalmente referidas como Empresas Militares e de Segurança Privadas (EMSP), uma vez que cumulam funções militares e de segurança.

⁴² CICV, Privatization of War. The outsourcing of military tasks, 23-05-2006, disponível em <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/feature/2006/privatization-war-230506.htm>, [último acesso: 20.05.2017].

prática. Por outro lado, também não nos parece questionável que, reunidos os requisitos para tanto exigidos —o que não será fácil⁴³—, os seus agentes possam ser julgados internacionalmente se tiverem cometido um dos crimes referidos no art. 5.º do Estatuto do TPI e os Estados com competência para os julgar não se mostrem com vontade ou com capacidade de o fazer.

A dificuldade surge quanto à responsabilização internacional das EMP, embora, como dissemos noutra trabalho, “se entendemos que o Estado é responsável pelos factos ilícitos praticados ao abrigo dessa habilitação, nos termos do supra referido art. 5.º do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados, é porque a EMP fica vinculada aos mesmos direitos e obrigações que impedem sobre as forças estatais quando são elas que atuam no contexto de um conflito armado”⁴⁴, conclusão que resultaria também da afirmação do CICV referida. Contudo, face às dificuldades de afirmação desses princípios, o Grupo de Trabalho sobre a utilização de mercenários, das Nações Unidas⁴⁵, apresentou ao Conselho dos Direitos do Homem, em 2010, um Relatório que contém um *Projeto de uma possível Convenção sobre as empresas militares e de segurança privadas*, em cujo par. 11 preambular se lê: “Considerando que a responsabilidade por violações do direito internacional humanitário e dos direitos humanos pode ser imputável não apenas aos Estados, mas também a organizações intergovernamentais e a atores não-estaduais, incluindo empresas militares e de segurança privadas (EMSP), e que devem ser criados mecanismos para garantir a responsabilização dos Estados, de organizações intergovernamentais e de EMSP”. E, apesar de muito

⁴³ Basta pensar que os Estados que mais recorrem a essas empresas militares privadas não são parte no Estatuto do TPI.

⁴⁴ Maria de Assunção do Vale PEREIRA, “Os atores não-estaduais dos conflitos armados e personalidade jurídica internacional”, *cit.*, p. 29.

⁴⁵ A sua criação foi decidida pela extinta Comissão dos Direitos Humanos, em 2005, tendo iniciado funções 2006. Acerca deste Grupo de Trabalho e do seu labor, veja-se JOSÉ L. GÓMEZ DEL PRADO, “El Grupo de trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de Mercenarios y las nuevas formas de mercenarismo”, *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las “empresas militares y de seguridad privadas*, Helena Torroja Mateu (dir.) / Sonia Güell Peris (coord.), Barcelona, José María Bosch Editor, 2009, pp. 163-209.

centrado na atuação do Estado e no seu dever de controlo e de estabelecimento de limites em relação à atuação destas empresas, a verdade é que o referido projeto prevê a possibilidade de responsabilização dessas entidades, e nesse sentido estabelece o dever dos Estados assegurarem essa responsabilização, nomeadamente pelo estabelecimento de jurisdições competentes para conhecer dos ilícitos atribuíveis às EMSP⁴⁶. Mas, talvez por isso mesmo, não passou, até hoje, de um Projeto...

O grande problema é a existência de vários Estados que se opõem à adoção de um tal instrumento, o que bem se percebe se tivermos em conta que nele se determina que “[n]enhum Estado parte pode delegar em, ou contratar com, EMSP funções inerentes ao Estado”, e explicita-se que, nessas funções se integram *inter alia* a participação direta em hostilidades⁴⁷. Portanto, Estados que contratam com regularidade essas empresas para participarem diretamente em conflitos armados, apesar de conscientes de que isso se traduz em riscos acrescidos para os direitos do homem⁴⁸, não apoiam esta iniciativa. No entanto, na prática, esses mesmos Estados nada fazem para a sua efetiva responsabilização face à sua ordem jurídica interna. Basta pensar que a grande consequência dos excessos praticados por agentes da Blackwater no Iraque foi essa empresa sentir-se na necessidade (portanto, numa avaliação da própria empresa, de acordo com as suas conve-

⁴⁶ Veja-se, em particular, a Parte IV do referido projeto de Convenção.

⁴⁷ Segundo se lê na al. *i*) do art. 2.º com a epígrafe *Definições*: “(i) Funções inerentes aos Estados: são funções consistentes com o princípio do monopólio do uso legítimo da força por parte do Estado, e que os Estados não podem contratar com, ou delegar nas, EMSP em quaisquer circunstâncias. Entre essas funções estão a participação direta nas hostilidades, as operações bélicas e/ou de combate, a captura de prisioneiros, a legislação, a espionagem, a inteligência e a transferência de conhecimentos com aplicações militares, de segurança e policiais, o uso e outras atividades relacionadas com armas de destruição maciça e poderes de polícia, em especial as facultades de prisão ou detenção, incluindo a de interrogar os detidos e outras funções que um Estado parte considere funções inerentes ao Estado”. E ficaram certamente na memória de muitos, pelos piores motivos, as imagens de interrogatórios de detidos em Guantánamo e em Abu-Graib levados a cabo por agentes destas empresas...

⁴⁸ Desde logo porque não há qualquer garantia de que os contratados por essas empresas tenham algum tipo de formação acerca dos princípios fundamentais do Direito Internacional Humanitário, ao contrário do que normalmente acontece com os membros das forças armadas estaduais.

niências) de mudar de nome, primeiro para Xe Services e depois para Academi, continuando a sua atividade. E atente-se ainda em que os Estados onde levam a cabo as operações militares não têm, em muitos casos, jurisdição sobre elas, como aconteceu no Iraque, em que *Coalition Provisional Authority*, aprovou uma *Order* nos termos da qual se estabelecia a imunidade do pessoal destas Empresas face às leis e à jurisdição iraquianas^{49/50}. Além disso, agravando ainda a situação, deve ter-se em conta que não são apenas os Estados que contratam este tipo de empresas, mas “também outras entidades que, para além de participarem em conflitos armados, se dedicam muitas vezes a atividades claramente ilícitas, como *inter alia* o tráfico de droga ou de pessoas, o terrorismo ou a pirataria”⁵¹, o que torna ainda mais problemática a responsabilização dessas empresas.

Na mesma lógica, pense-se na recusa em conferir jurisdição ao Tribunal Penal Internacional para conhecer de crimes cometidos por pessoas coletivas —onde poderiam incluir-se empresas—, apesar da existência de propostas nesse sentido⁵².

5. A TÍTULO DE CONCLUSÃO

Perante o quadro traçado, há que reconhecer que nos encontramos numa fase em que o direito internacional está, de algum modo, dissociado da vida internacional; em que a globalização conduziu à afirmação de uma sociedade internacional que superou largamente o modelo westfaliano, mas em que o direito ainda se mantém exces-

⁴⁹ Cf. *Coalition Provisional Authority, Order n.º 17*, em cuja secção 2 se estabelecia a imunidade do pessoal da Coligação (onde se incluía o das empresas militares privadas) face às leis e à jurisdição iraquianas.

⁵⁰ Acerca da questão da privatização da guerra, veja-se Maria de Assunção do Vale PEREIRA, “O impacto da privatização dos conflitos armados nos direitos humanos”, *Direito Internacional em Expansão. Anais do 10.º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*, vol. II, Wagner Menezes (org.), Belo Horizonte: Arraes Ed., 2012, pp. 153-165

⁵¹ Maria de Assunção do Vale PEREIRA, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário*, cit., p. 275.

⁵² Acerca desta questão, veja-se Kai AMBOS, “Article 25”, in *The Rome Statute of International Criminal Court. A Commentary*, 3.ª ed., Otto Triffterer/Kai Ambos (eds.), München, C.H. Beck, 2016, p. 986, par. 4 e bibliografia aí referida.

sivamente preso a esse modelo. Ou seja, atualmente estamos face a um reconhecido enfraquecimento do Estado (que se manifesta *inter alia* na porosidade das suas fronteiras levando a um impossível controlo do fluxo das ideias, da circulação monetária, do crime organizado, do terrorismo, etc.), mas continuamos a ter um direito que se constrói em torno da realidade Estado. Isto conduz necessariamente à existência de áreas que não estão juridicamente reguladas ou em que a regulação jurídica não se revela suficiente, como é o caso da matéria da responsabilidade internacional das empresas. Na verdade, “a liberalização do comércio mundial e o processo de privatização das funções do Estado fortaleceram enormemente a posição comparativa das empresas. Essa nova força permite que empresas sem escrúpulos abusem de seus poderes e influência. Uma lacuna de responsabilização ocorre então se os Estados em que elas atuam não tiverem capacidade ou vontade de manter as empresas dentro de padrões mínimos razoáveis”⁵³.

A verdade é que nem sempre se consegue a responsabilização a nível nacional das empresas e há áreas em que essa impossibilidade é endémica. “Estudos da OCDE e de outras instituições indicam que empresas multinacionais envolvidas em indústrias extrativas, tais como petróleo, gás e diamantes, são particularmente propensas a cumplicidade com o Estado hospedeiro. Angola, Congo, Myanmar, Nigéria e Sudão estão entre os Estados que têm sido referidos neste contexto. As empresas podem, por exemplo, acordar pagar os seus impostos secretamente às autoridades do Estado anfitrião permitindo assim a agentes gananciosos encher as suas contas bancárias na Suíça. Ou as empresas podem convenientemente olhar para o lado se as autoridades removerem à força os habitantes locais de novas áreas de exploração”⁵⁴.

⁵³ Menno T. KAMMINGA, “Corporate Obligations under International Law”, *Report of the 71st Conference of the International Law Association*, Berlin, International Law Association, 2004, p. 425.

⁵⁴ Menno T. KAMMINGA, “Corporate Obligations under International Law”, *cit.*, p. 425. Não é sem razão que, nas Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, de 2003, se sente necessidade de especificar a proibição da corrupção (par. 10) e de se estabelece, no par. 11: “As empresas transnacionais e outras empresas comerciais não devem oferecer, prometer, dar, aceitar, tolerar, beneficiar conscien-

Cabe, por isso perguntar, com Kamminga “Porque devem os indivíduos e grupos armados ter obrigações jurídicas fundamentais, a nível internacional, e as empresas, que podem ser muito mais poderosas, não ter praticamente nenhuma?”. Alguns Estados parecem recear que isso afete a sua soberania. Como diz o mesmo autor, “a Nigéria presumivelmente não gostaria que a Shell fosse questionada perante algum fórum internacional acerca da alegada destruição ambiental levada a cabo no seu território. É claro que a Shell argumentaria que o que quer que tenha feito, fê-lo com a plena concordância do Governo nigeriano”⁵⁵.

Apesar de tudo, reiterando o que já afirmamos, há que sublinhar, como aspeto positivo, o facto de a matéria estar a despertar interesse crescente, o que se traduz no surgimento de propostas de regulação da atividade das empresas com vista a preservar os direitos do homem. Continua, no entanto, a acentuar-se a principal responsabilidade dos Estados na matéria, o que, reconheça-se, em muitos casos é suficiente⁵⁶; deve, no entanto, assumir-se que existem muitos outros casos em

temente ou exigir suborno ou outra vantagem indevida, nem serão solicitadas ou esperadas para oferecer um suborno ou outra vantagem imprópria a qualquer governo, funcionário público, candidato a cargo eletivo, qualquer membro das forças armadas ou forças de segurança, ou qualquer outro indivíduo ou organização. As corporações transnacionais e outras empresas comerciais devem abster-se de qualquer atividade que apoie, solicite ou incentive os Estados ou quaisquer outras entidades a abusarem dos direitos humanos. Além disso, procurarão garantir que os bens e serviços que fornecem não sejam utilizados para abusar dos direitos humanos”.

⁵⁵ Menno T. KAMMINGA, “Corporate Obligations under International Law”, *cit.*, p. 426.

⁵⁶ Nesse sentido, pode referir-se, a título de exemplo, um caso envolvendo a multinacional californiana Unocal (Union Oil Company of California). Foi instaurado um processo contra esta empresa, perante um Tribunal norte-americano (Superior Court of the State of California), por residentes em Myanmar, que a acusavam de violações graves dos direitos humanos (trabalhos forçados, homicídio por negligência, violação, tortura, ...), perpetrados pelas autoridades de Myanmar, durante a construção de um gasoduto. As vítimas alegavam que a Unocal lucrou conscientemente com esses abusos ao realizar seus negócios em Myanmar. As partes acabariam por chegar a um acordo extrajudicial (que o tribunal aceitou, encerrando o caso em 2015), em que a Unocal acedeu a compensar os queixosos e fornecer fundos para programas em Myanmar para melhorar as condições de vida e proteger os direitos das pessoas da região do gasoduto (embora os termos do acordo

que isso não é suficiente. E os esforços, nomeadamente das Nações Unidas, para estabelecer normas vinculativas para as empresas decorrem da consciencialização dessa realidade; porém, esbarram na falta de vontade de muitos Estados em estabelecer essa vinculatividade. Apesar disso, face ao modelo ainda largamente westfaliano que rege o direito internacional, o seu consentimento será via adequada para conseguir normas obrigatórias para as empresas.

E não serão também campanhas que pretendam denegrir a imagem da empresa que a vão fazer cumprir as normas protetoras dos direitos do homem. É verdade que se incentiva a transparência e a prestação de contas. Quanto a este último instrumento — a prestação de contas — pode dizer-se que (deixando de lado o facto de haver casos em que subsistem dúvidas quanto à identificação das pessoas ou entidades a quem as contas devem ser prestadas) há casos em que produzem alguns efeitos positivos, nomeadamente quanto à atividade de empresas com impacto em determinadas matérias a que a população da área em que atuam é sensível⁵⁷; ou se a empresa tiver interesse na prestação de conta, designadamente se isso surge como condição para conseguir determinados benefícios (facilidade de acesso a crédito; vantagens fiscais...). Todavia, num texto que versa sobre “Responsabilidade e prestação de contas das empresas no direito internacional” não haverá muito a dizer sobre esta questão, precisamente porque, se a prestação de contas pode ter um impacto positivo na atuação das empresas (e, por esse facto, não deve ser desvalorizada), é importante ter-se presente que a decisão de prestar contas, por parte de uma empresa, não resulta

fossem confidenciais). De qualquer modo, numa decisão interlocutória, do referido Tribunal, de 28 de setembro de 2000, era afirmado, no par. 21, que “os consultores internos e conselheiros externos advertiram especificamente a Unocal de que não era possível fazer negócios com o regime do SLORC [State Law and Order Restoration Council] sem participar em violações dos direitos humanos. A Unocal conhecia ou devia conhecer esse registo de graves e expandidas violações dos direitos humanos do SLORC”.

⁵⁷ Por exemplo, numa sociedade com relevantes preocupações ambientais, uma empresa pode ter interesse na prestação de contas, em que vem divulgar que deixou de usar embalagens de plástico, como via para captar consumidores; ou em divulgar que abandonou determinados comportamentos que a sociedade rejeitava por considerar ecologicamente perniciosos.

do carácter jurídico-internacional das regras que a regulam; antes, o que a leva a prestar contas são os interesses da própria empresa, ou seja, quando, ponderando os benefícios que para si podem resultar dessa prestação de contas, conclui que vale a pena prestá-las. Sem pôr de lado o interesse que este mecanismo possa ter, não será por essa via que se resolvem os casos mais graves de violações de normas internacionais de proteção dos direitos do homem.

Torna-se, a nosso ver, necessário afirmar obrigações internacionais de que as empresas sejam titulares e criar fóruns a que os lesados possam aceder para conseguir reparação dos danos sofridos. E se as Nações Unidas não podem impor a sua vontade ao mundo porque na verdade, “não têm “vontade” para além daquela com que os Estados-Membros a dotam”, podem e devem, “exercer uma função de liderança intelectual e estabelecer objetivos e aspirações”⁵⁸, como se lê no Relatório Ruggie, para tentar levar os Estados a perceber a importância de uma tal regulação e, assim, poderem permitir às Nações Unidas — e concretamente ao Conselho dos Direitos Humanos — dar um contributo relevante para a regulamentação da matéria relativa às empresas e direitos humanos.

⁵⁸ Relatório *Proteger, Respeitar e Remediar: um enquadramento para as atividades empresariais e os direitos humanos*, cit., par. 107.