



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA (UFPB)
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS (CCJ)
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS (PPGCJ)

BRUNA RABÊLO CARVALHO

**AS REGRAS DE HAIA SOBRE ARBITRAGEM DE DIREITOS HUMANOS E
EMPRESAS (2019): um contributo para a solução de conflitos entre empresas
transnacionais e vítimas de violações de direitos humanos?**

JOÃO PESSOA

2021

BRUNA RABÊLO CARVALHO

AS REGRAS DE HAIA SOBRE ARBITRAGEM DE DIREITOS HUMANOS E
EMPRESAS (2019): um contributo para a solução de conflitos entre empresas transnacionais
e vítimas de violações de direitos humanos?

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Ciências
Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba
como requisito parcial para a obtenção do grau
de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de Concentração: Direitos Humanos

Linha de pesquisa: Direito Internacional dos
Direitos Humanos, Estado Democrático de
Direito e Cidadania, Gênero e Minorias.

Orientador: Prof. Dr. Sven Peterke.

JOÃO PESSOA
2021

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

C331r Carvalho, Bruna Rabêlo.

As Regras de Haia sobre Arbitragem de Direitos Humanos e Empresas (2019): um contributo para a solução de conflitos entre empresas transnacionais e vítimas de violações de direitos humanos? / Bruna Rabêlo Carvalho. - João Pessoa, 2021.

94f.

Orientação: Sven Peterke.

Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.

1. Direitos Humanos. 2. Arbitragem. 3. Empresas Transnacionais. I. Peterke, Sven. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

BRUNA RABÊLO CARVALHO

AS REGRAS DE HAIA SOBRE ARBITRAGEM DE DIREITOS HUMANOS E
EMPRESAS (2019): um contributo para a solução de conflitos entre empresas transnacionais
e vítimas de violações de direitos humanos?

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Ciências
Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba
como requisito parcial para a obtenção do grau
de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de Concentração: Direitos Humanos

Linha de pesquisa: Direito Internacional dos
Direitos Humanos, Estado Democrático de
Direito e Cidadania, Gênero e Minorias.

Orientador: Prof. Dr. Sven Peterke.

Data de aprovação: _____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Sven Peterke (Orientador)

Prof.^a Dr.^a Fernanda Cristina de Oliveira Franco

Prof. Dr. Marcílio Toscano Franca Filho

Dedico este trabalho à Maria Alzira e Christiane, a quem devo tudo.

AGRADECIMENTOS

Concluir o mestrado em Direito em meio à pandemia do Covid-19 exigiu muito esforço e dedicação, mas contei também com a sorte de ter uma rede de apoio primordial para que este, que mais que um objetivo, é um sonho, fosse alcançado.

Por isso e por muito mais, genuinamente, agradeço:

À Maria Alzira e Christiane, que, como avó e mãe, respectivamente, foram minhas primeiras professoras e são inspiração para tudo o que vivo. À minha família, pela constante aprovação e pelo suporte ao meu crescimento pessoal e profissional.

Pela contínua, imprescindível, paciente, disposta e humana orientação para a produção deste trabalho e para a vida acadêmica, dirijo agradecimento especial ao Prof. Dr. Sven Peterke.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, que, com a excelência que inspira tantos alunos, como a mim, possibilitam a realização de sonhos e a transformação social por meio do sistema público de ensino.

Aos amigos com quem pude compartilhar os dias no PPGCJ/UFPB, pelo companheirismo, e aos servidores da coordenação deste programa, pela solicitude.

Aos alunos da disciplina Direito Processual Civil I, do período letivo 2019.2, do Departamento de Ciências Jurídicas, que me deram muito estímulo para a pesquisa e a docência na minha etapa de estágio no Departamento de Ciências Jurídicas da UFPB.

A Henrique Lenon, pessoa que despertou minha curiosidade para a problemática tratada neste trabalho e que gentilmente esteve disposto e solícito para partilhas acadêmicas sobre a temática tratada, assim como diversos assuntos inerentes à arbitragem e ao direito internacional.

A todos os colegas e amigos do Nóbrega Farias Advogados Associados, com quem compartilho o dia a dia na advocacia, e a Carlos Frederico Nóbrega Farias, Rodrigo Nóbrega Farias, Jaldemiro Ataíde e Jorge Ribeiro Coutinho, pelas oportunidades e pela confiança.

A Eduardo Maia, pela amizade, pelo apoio constante e pelos bons momentos no dia a dia profissional, e, principalmente, pelo suporte necessário nos últimos meses de produção desta dissertação.

Aos muitos amigos de longos anos e aos mais recentes, por me conhecerem, pelo companheirismo, pelos bons momentos e pelo suporte essenciais para tudo o que vivo.

Às oportunidades que tive na UFPB, nos estágios profissionais, nos eventos que pude participar desde que decidi trilhar o caminho jurídico, reconheço o privilégio que tive pelo aprendizado adquirido, pelo que lembro sempre com orgulho e afeto da Advocacia Geral da União (em especial, de Íris Catarina Dias Teixeira e de Flávio Ediano Hissa Maia), do Mouzalas, Borba e Azevedo Advogados Associados (em especial, de Rinaldo Mouzalas, Myriam Gadelha, Marcela Poletti e Estela Nunes) e da Defensoria Pública da União.

A quem está no céu e sempre em meu coração: Guardiato Rabêlo Nogueira.

Um dia vieram e levaram meu vizinho que era judeu.
Como não sou judeu, não me incomodei.

No dia seguinte, vieram e levaram meu outro vizinho que
era comunista, não me incomodei.

No terceiro dia vieram e levaram meu vizinho católico.
Como não sou católico, não me incomodei.

No quarto dia, vieram e me levaram;
Já não havia mais ninguém para reclamar.

(Martin Niemöller, 1933).

RESUMO

A atuação de empresas transnacionais (“ETNs”) está historicamente atrelada aos abusos cometidos contra a dignidade da pessoa humana. Danos à saúde causados por poluição, acidentes ambientais e falhas de segurança; uso de força de trabalho de crianças, trabalho insalubre ou condições de trabalho análogas à escravidão; deslocamento forçado de comunidades, como exemplo, povos indígenas, para o estabelecimento de atividades das corporações; uso de força excessiva por serviços de segurança privada; discriminação contra empregados por características de raça, sexo ou gênero; apoio financeiro a governos autoritários para viabilizar os interesses empresariais do setor, dentre inúmeros outros. Diante da inadequação dos mecanismos tradicionais de monitoramento para esse contexto e a necessária aproximação da proteção dos direitos humanos com a atuação das ETNs, diversos instrumentos de *soft law* foram desenvolvidos na ordem internacional, a resultar no principal deles, os Princípios Orientadores da ONU para Empresas e Direitos Humanos, de 2011, que estabelecem o paradigma “Proteger, Respeitar e Reparar”, do qual o Estado possui o dever de proteger os direitos humanos na sua totalidade, as empresas devem respeitá-los e deve haver a garantia de reparação para eventuais abusos cometidos e danos ocasionados. Este trabalho se ocupa da arbitragem como possível mecanismo de solução de conflitos para reparação pelas violações de direitos humanos cometidas por meio da atuação de ETNs, o seu tema são as Regras de Haia sobre Arbitragem de Direitos Humanos e Empresas, lançadas em 2019. O problema da pesquisa analisa a adequação deste instrumento para contribuir com a lacuna do acesso à justiça pelas vítimas para reparação dos danos sofridos. Através de pesquisa preponderantemente bibliográfica e documental, a dissertação aborda (i) a relação entre empresas transnacionais e direitos humanos no cenário internacional; (ii) a arbitragem como mecanismo de solução de conflitos; e (iii) as Regras de Haia para Arbitragem sobre Arbitragem de Direitos Humanos e Empresas (2019) como possível instrumento a ser utilizado pelas vítimas para reparação de danos ocasionados pelas violações de direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Arbitragem. Empresas Transnacionais.

ABSTRACT

The commercial activities of transnational corporations (“TNCs”) have historically been linked with numerous human rights abuses. Damage to health caused by pollution, environmental accidents ; use of child labor; unhealthy work or working conditions similar to slavery; forced displacement of communities, such as indigenous people, to establish corporate activities; use of excessive force by private security services; discrimination against employees on the basis of race, sex or gender characteristics; financial support to authoritarian governments to make the sector’s business interests viable are only a few examples for such infringements. In view of the inadequacy of traditional monitoring mechanisms for these particular contexts and the need to address more effectively human rights violations committed by TNCs, several soft law instruments were developed in the international order. The main one are the UN Guiding Principles for Business and Human Rights, of 2011, which establish the paradigm “Protect, Respect and Remedy”, according to which the State has a duty to protect human rights in their entirety, while corporations must respect them. In addition, there must be a guarantee of reparation for possible abuses and damage caused by these actors. The present master thesis deals with arbitration as a possible mechanism of dispute resolution for redress for human rights violation committed by TNCs, shed some light on the so-called The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration, launched in 2019. It analyses the adequacy of this innovative instrument which pretends to fill a gap by granting a new sort of access to justice for victims of human rights violations to remedy the damage suffered. Being predominantly a bibliographic and documentary research, the dissertation addresses (i) the relationship between transnational corporations and human rights in the international scenario; (ii) arbitration as a mechanism of dispute resolution; and (iii) the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration (2019) as a possible instrument to be used by victims to remedy damages caused by human rights violations.

Keywords: Human Rights. Arbitration. Transnational Corporations.

LISTA DE ABREVIATURAS E DE SIGLAS

AGBA – Aguas Del Gran Buenos Aires

Art. – Artigo

B2B – Business to business

CCTC - Code of Conduct on Transnational Corporations

CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos

CIJ – Corte Internacional de Justiça

CILC - Center for International Legal Cooperation

CPA – Corte Permanente de Arbitragem

DUDH – Declaração Universal de Direitos do Homem

ECOSOC – United Nations Economic and Social Council

ETNs – Empresas transnacionais

IBA – International Bar Association

ICSID – International Centre for Settlement of Investment Disputes

LArb – Lei de Arbitragem

NAFTA – North American Free Trade Agreement

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONG – Organização não governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

UE – União Europeia

UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 EMPRESAS TRANSNACIONAIS E DIREITOS HUMANOS.....	17
1.1 DIREITO INTERNACIONAIS DOS DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS.....	18
1.2 RESPONSABILIZAÇÃO DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS.....	29
2 ARBITRAGEM COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	39
2.1 ARBITRAGEM INTERESTATAL.....	42
2.1.1 Termo e evolução histórica.....	42
2.1.2 A Corte Permanente de Arbitragem: criação, composição e institucionalização..	47
2.1.3 Direito aplicável.....	49
2.1.4 Execução das sentenças.....	50
2.2 ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO.....	50
2.2.1 Termo e evolução histórica.....	51
2.2.2 Direito aplicável.....	53
2.2.3 Arbitragem de Investimento e Direitos Humanos.....	54
2.2.4 Execução das sentenças.....	55
2.3 ARBITRAGEM COMERCIAL.....	56
2.3.1 Direito aplicável.....	56
2.3.2 Execução das sentenças.....	57
2.3.3 Vantagens e desvantagens da Arbitragem Comercial Internacional.....	60
3 AS REGRAS DE HAIA PARA ARBITRAGEM ENVOLVENDO EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS (2019)	63
3.1 ARBITRAGEM E DIREITOS HUMANOS.....	67
3.2 CONTEÚDO DAS REGRAS DE HAIA SOBRE ARBITRAGEM DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS: UMA AVALIAÇÃO CRÍTICA.....	70
3.2.1 Desigualdade de poderes entre as partes.....	71
3.2.2 Os árbitros.....	74
3.2.3 Interesse público, pluralidade de partes e participação de terceiros.....	76
3.2.4 Transparência.....	78
3.2.5 Direito aplicável.....	79
3.2.6 A sentença arbitral: reconhecimento e execução das sanções.....	81
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	83
REFERÊNCIAS.....	87

INTRODUÇÃO

Historicamente, os Estados são os atores incumbidos da garantia de proteção dos direitos inerentes aos indivíduos, de acordo com a teoria geral dos direitos humanos, tanto em relação a atos próprios como em relação a atos de terceiros, em razão de ser o sujeito dotado dos instrumentos de coerção aptos a exigir o cumprimento das obrigações referentes à proteção de direitos humanos e eventual responsabilização em caso de violação daqueles que estejam sob sua jurisdição. Esse papel, hoje, mesmo que realizado de acordo com os padrões internacionais de proteção aos direitos humanos, decorrentes da internacionalização dessa matéria no período pós-guerras e submetido, também, à responsabilização internacional do Estado, é imprescindível para a garantia desses direitos em determinado território revestido pela soberania. Entretanto, o exercício deste dever não é tarefa fácil se os atores responsáveis pelas violações são empresas transnacionais.

Os desafios são identificados tanto no aspecto material, pela inexistência de instrumento internacional vinculante que possa regular suas atividades, especialmente quanto à imposição de obrigações diretas para garantia de direitos humanos e à responsabilização em caso de descumprimento, quanto processual, por não haver tribunal internacional com competência para o julgamento de casos de violação de direitos humanos por empresas transnacionais, assim como em razão da inefetividade – e, por vezes, a insuficiência – dos mecanismos jurisdicionais do Estado para responsabilização adequada dos atos praticados por ETNs, sobretudo em relação às vítimas, como será visto no decorrer deste trabalho. É, principalmente, sob o aspecto processual que reside a problemática aqui trazida, ou seja, a inexistência de mecanismo internacional que vise a responsabilizar ETNs por violações de direitos humanos e a insuficiência das jurisdições estatais para abarcar adequadamente estas relações.

Diante desse plano de fundo, chama atenção uma iniciativa recente para superar ou, pelo menos, aliviar, essa situação insatisfatória, a mais recente obra internacionalista da Haia: em 12 de dezembro de 2019, foram lançadas as Regras de Haia para Arbitragem entre Empresas e Direitos Humanos. O documento é uma adaptação do modelo da *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) para as causas cujos conteúdos versem sobre direitos humanos. Em artigo brasileiro que noticia o trabalho, “a expressão ‘Arbitragem envolvendo Empresas e Direitos Humanos’ sugere a incorporação do direito internacional dos direitos humanos aos procedimentos arbitrais de interesse de multinacionais.”

A adaptação foi produzida pelo *Center for International Legal Cooperation (CILC)*, projeto para o desenvolvimento do Direito Internacional sediado em Haia, local com rica tradição em estudos internacionais, que contou, nesta tarefa, especificamente, com a liderança do ex-juiz da Corte Internacional de Justiça (CIJ), Bruno Simma, e um grupo de trabalho formado por profissionais com especialidade no tema para o desenvolvimento desta atividade.¹ O trabalho desenvolvido na Haia pretende contribuir para a superação da lacuna do acesso à justiça presente nos Princípios Orientadores da ONU para Empresas e Direitos Humanos, especificamente nos casos de violações de direitos humanos e suas respectivas reparações, especialmente em consideração às perspectivas da comunidade.²

O projeto foi idealizado com uma grande promessa para ser usado como método de resolução de disputas de natureza privada, de forma subsidiária, para aqueles casos em que as cortes nacionais estejam inaptas para dar uma solução eficaz para o caso. Foram adaptados alguns elementos específicos para aplicabilidade em disputas com questões de direitos humanos. Entre outras coisas, as Regras de Haia pretendem garantir maior transparência aos procedimentos e sentenças; que diversas vítimas possam agregar suas reivindicações; que os árbitros escolhidos sejam especialistas em questões relativas à temática empresas e direitos humanos etc., de modo a contribuir para o problema do acesso à justiça, previsto como um dos aspectos importantes para a promoção de direitos humanos nas relações de ETNs, conforme o marco Ruggie. Até agora, não há como afirmar se a pretensão será alcançada, uma vez que o instrumento ainda não está em uso habitual pelas partes envolvidas nestes conflitos, dada sua imaturidade. É objetivo deste trabalho analisar academicamente o potencial existente de assim sê-lo.

A arbitragem é um clássico modelo de resolução de conflitos e, por isso, razoavelmente desenvolvido para a solução de problemas comerciais internacionais, nos quais comumente estão insertas as ETNs, dentre outras relações específicas que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. O instituto possui protagonismo no comércio internacional, de modo que as câmaras que administram arbitragens, os árbitros e profissionais que atuam em arbitragens, de

¹ Profissionais que compuseram o grupo de trabalho liderado pelo ex-Juiz da Corte Internacional de Justiça, Bruno Simma: Diane Desierto, Martin Doe Rodriguez, Jan Eijbouts, Ursula Kricbaum, Pablo Lumerman, Abiola Makinwa, Richard Meeran, Sergio Puig, Steven Ratner, Martikn Scheltema, Suzanne Spears, Anne van Aaken, Katerina Yiannibas.

² INTERNATIONAL Arbitration of Business and Human Rights Disputes: Elements for consideration in draft arbitral rules, model clauses, and other aspects of the arbitral process. Elements for consideration in draft arbitral rules, model clauses, and other aspects of the arbitral process. 2018. Prepared by the Drafting Team of the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/01/Elements-Paper_INTERNATIONAL-ARBITRATION-OF-BUSINESS-AND-HUMAN-RIGHTS-DISPUTE.font12.pdf. Acesso em: 29 jul. 2020.

modo geral, estão acostumados na atuação em questões litigiosas de natureza privada, com disponibilidade de direitos. Mas, não é só essa a sua utilidade.

A arbitragem, com protagonismo menor, se comparada ao comércio internacional, reconhece-se, é utilizada também para solucionar conflitos entre Estados e, ao tangenciar questões referentes à proteção de Direitos Humanos, é também classicamente utilizada nos contratos internacionais de investimento. Em alguns ordenamentos jurídicos estatais é possível também utilizá-la para tratar de questões trabalhistas, tributárias e com a Administração Pública de modo geral, o que provoca a reflexão acerca do paradigma da disponibilidade de direitos para sujeição a este tipo de procedimento.

Quando a questão envolve Comércio e Direitos Humanos, é preciso, entretanto, cautela e, principalmente, adequação procedimental. Pela tradição de protagonismo do comércio internacional na arbitragem, consideram-se, atualmente, os regulamentos procedimentais clássicos adotados em arbitragens como carentes de adequação para a solução de conflitos que envolvem a proteção de direitos humanos, apesar de sua potencial efetividade para resolver conflitos internacionais. A adequação deve se dar de forma objetiva (relativa ao direito tutelado); de forma subjetiva (relativa às partes da relação jurídica); e de forma teleológica (relativa aos fins para os quais foram criadas).

Diante das particularidades existentes nos conflitos que envolvem violações de direitos humanos e o dever de reparação das vítimas, a pesquisa se propõe a analisar a seguinte questão: as Regras de Haia sobre Arbitragem de Direitos Humanos e Empresas, lançadas em 12 de dezembro de 2019, podem ser consideradas um contributo, sob a perspectiva das vítimas, para a reparação de violações aos direitos humanos nas relações que envolvem empresas transnacionais?

Para a análise do questionamento, o trabalho está estruturado em três capítulos, dos quais o primeiro versa sobre a relação entre empresas e direitos humanos, especialmente empresas transnacionais; o segundo capítulo traz um estudo acerca do instituto da arbitragem, suas modalidades, vantagens e desvantagens; e, por fim, o terceiro, analisa a adequação, sob a perspectiva das vítimas, das Regras de Haia sobre Arbitragem de Direitos Humanos e Empresas (2019) como um método de solução de conflitos para responsabilização de empresas transnacionais.

O trabalho parte da hipótese de que a aplicação das Regras de Haia para Arbitragem que envolve Empresas e Direitos Humanos traz importantes melhorias para uma possível reparação das violações de direitos humanos por ETNs, em casos adequados com o procedimento, com

potencial eficácia para responsabilização. Entretanto, apenas se alcançados os critérios estabelecidos pelos Princípios Orientadores da Organização das Nações Unidas (ONU) para as relações entre empresas e direitos humanos (*UN Guiding Principles on Business and Human Rights*), mas que não pode ser considerado como um mecanismo viável de forma absoluta e genérica.

É objetivo geral do trabalho analisar se as Regras de Haia para Arbitragem envolvendo Empresas e Direitos Humanos são um instrumento adequado para solucionar litígios que envolvam a responsabilização de empresas por violações de direitos humanos, a levar em consideração a perspectiva das vítimas.

Os objetivos específicos são conhecer a responsabilidade das empresas por violações de direitos humanos e as dificuldades para a responsabilização dessas violações nas ordens nacional e internacional; analisar o desenvolvimento da arbitragem como método de solução de conflitos e suas modalidades, vantagens e desvantagens; e ponderar, a partir de uma análise crítica, acerca da adequação das Regras de Haia para Arbitragem entre Empresas e Direitos Humanos nas resoluções de conflitos.

O primeiro capítulo delinea o estado da arte do tema Empresas Transnacionais e Direitos Humanos a nível internacional bem como as atuais (im)possibilidades de regulação eficiente da atividade destes entes, de forma isolada, pela ordem nacional ou pela ordem internacional, especialmente as insuficiências dos mecanismos de reparação existentes atualmente para oferecer suporte às vítimas de violações de direitos humanos. Esse capítulo é produzido a partir de análise documental e bibliográfica.

O segundo capítulo, com aporte preponderantemente bibliográfico, documental e de análise de casos, observa o desenvolvimento do instituto da arbitragem, o seu histórico de eficaz instrumento de solução de conflitos para questões internacionais.

Por fim, no terceiro capítulo, analisa-se, considerando os resultados obtidos das análises dos capítulos anteriores, como e em que medida as Regras de Haia para Arbitragem de Direitos Humanos e Empresas pretendem contribuir para o problema do acesso à justiça, através da identificação neste instrumento dos potenciais atributos essenciais para tratar adequadamente questões de direitos humanos que possam vir a suportar as necessidades das vítimas e as vulnerabilidades que podem obstaculizar a pretensão de avanço do instrumento no acesso à justiça. O método comparativo será também utilizado para reconhecer vantagens ou desvantagens em comparação com outros instrumentos reguladores ou mecanismos de solução de conflitos.

1 EMPRESAS TRANSNACIONAIS E DIREITOS HUMANOS

O setor comercial foi o protagonista das cenas de maiores crescimento e expansão ao longo da década de 1990 e durante os anos subsequentes. O mercado da moda, as indústrias de óleo e gás, grandes empresas de alimentos e bebidas, empresas de segurança privada e provedores de internet são apenas alguns exemplos do grande elenco empresarial que galgou desenvolvimento exponencial naquela fase, situação facilitada pelo chamado “marco da globalização”, que teve como causas e consequências a facilidade de comunicação e de realização de trocas comerciais, a flexibilização das fronteiras estatais, dentre outras situações que romperam com a visão de economia preponderantemente nacional para ceder espaço para uma visão de economia em escala global.

O surgimento de novos atores com grande impacto no cenário econômico internacional foi característica importante decorrente das novas formas de transação comercial. Desse contexto, emergem as Empresas Transnacionais (“ETNs”) e os impactos causados por esses entes à sociedade.

Ao falar sobre impactos causados pela atividade de ETNs, é possível identificar aspectos positivos para a sociedade – do ponto de vista empresarial que, indiretamente, refletem na vida do cidadão, como o oferecimento de emprego e a qualidade de vida do cliente ou consumidor proporcionada pelos produtos ou serviços ofertados; mas, também, aspectos negativos – que, nesse caso, são identificados em grupos de indivíduos mais vulneráveis, em razão de abusos cometidos sob diversos aspectos, a refletir em violações a direitos, tais como: condições precárias de trabalho análogas à escravidão; supressão de direitos de comunidades populares; afronta aos direitos sociais de forma direta e indireta, individuais e coletivos; além daqueles que atingem toda a sociedade, tais como os transtornos ambientais e à saúde, dentre tantos outros exemplos.

Os reflexos da atividade das ETNs são também identificados na regulamentação jurídica realizada pelos Estados que estão na cadeia de atuação desse tipo de empresa. Por natureza, as ETNs nascem em Estado específico, mas a atuação transpassa fronteiras e desafia o modelo estatal de ordem jurídica ligado ao padrão de soberania westfaliano dos Estados. Em razão da extensão de suas atividades em diferentes locais e da sujeição aos diversos ordenamentos jurídicos inseridos em suas relações, não há uma ordem jurídica estatal exclusiva que possa vir a reger essas relações sob totalidade, sobretudo com a pretensão de proteção aos direitos humanos. Além do fato de atuarem sob diversas competências jurisdicionais, não é raro que os

acionistas de ETNs sejam pessoas naturais com mais de uma nacionalidade, pessoas jurídicas de direito privado (outras empresas, por exemplo) ou pessoas jurídicas de direito público (Estados, por exemplo) sujeitos à jurisdição diversa da sede da ETN.

Apesar de possuírem grande relevância no comércio internacional e influenciarem no posicionamento dos Estados em assuntos relacionados à economia, ao desenvolvimento nacional, e até no estabelecimento de obrigações jurídicas a serem seguidas em seus territórios, não há, atualmente, reconhecimento das ETNs como sujeitos de direito internacional, seja por tratado internacional ou pelo direito costumeiro.

Portanto, é um desafio jurídico a regulação e responsabilização de ETNs, seja na ordem internacional, seja na ordem estatal, sobretudo para assegurar a proteção de direitos dos indivíduos, que divergem a depender do espaço territorial em que estão localizadas e da competência jurisdicional a qual estão submetidas, a tornar possível a subtração da eficácia dos direitos humanos (vertical e horizontal). São recorrentes os casos de descumprimento de obrigações jurídicas, especialmente de normas domésticas.

O descumprimento de normas domésticas nem sempre está relacionado com a ineficiência do sistema de justiça de determinado Estado, mas da própria atuação extraterritorial das empresas transnacionais, de modo a desafiar os limites da soberania dos Estados, da qual decorre a competência normativa e jurisdicional; e das cadeias contratuais firmadas por estes atores, que não estão necessariamente relacionadas com a regulamentação estatal, de modo a obedecer as regras próprias do comércio internacional.

1.1 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS

O surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, com a intenção de remediar os danos causados pelas guerras experienciadas em período imediatamente anterior e de proteger as futuras gerações dos flagelos causados por esses eventos, pretendeu a união de forças para manutenção da paz entre Estados. Sua Carta³ afirma o respeito e a promoção dos Direitos Humanos, a garantia da dignidade da pessoa humana, a igualdade de direitos entre as nações, a prática da tolerância para convivência em paz com uns e outros.

O paradigma das Nações Unidas traz consigo a internacionalização dos Direitos Humanos, que não é mais suficiente que se mantenha única e exclusivamente a cargo dos

³ UNITED NATIONS. Charter of the United Nations. *San Francisco*, 1945. Disponível em: <https://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/>. Acesso em: 04 maio 2020.

Estados, sobretudo no que diz respeito aos direitos e liberdades do indivíduo. Até o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), o que hoje é considerado como direitos humanos eram tímidas garantias determinadas somente no ordenamento jurídico interno dos Estados.⁴ A lógica dos direitos humanos passa, após 1945, a constituir matéria de interesse internacional.

A ONU representa o marco da universalidade, ou seja, o requisito de titularidade desses direitos deve ser unicamente ser um ser humano, e a dignidade deve ser valor intrínseco à condição humana; assim como representa o marco da indivisibilidade, ou seja, de que é preciso a garantia de toda sorte de direitos fundamentais para a garantia da dignidade humana, sejam estes direitos de natureza civil, política, social, econômica etc.⁵

Apesar do debate acerca dos impactos de novos atores não estatais na garantia de direitos humanos estar presente na agenda internacional desde o fim da Segunda Guerra Mundial, inclusive em razão do envolvimento de corporações na colaboração com as violações perpetradas contra os indivíduos neste período⁶, especialmente pelo regime nazista, somente a partir década de 1970 foram tomadas iniciativas concretas para desenvolver o diálogo de responsabilização das ETNs por violações de direitos humanos.

Como consequência da crescente conscientização do público em geral, a ONU também centralizou a pauta da responsabilização de atores não estatais atuantes na esfera econômica por abusos praticados por meio de suas atividades, o que fez, inicialmente, através do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, no ano de 1974, que agiu para a operacionalização de um Centro Especial para Empresas Transnacionais, o qual viera a funcionar como espécie de secretariado para equilibrar o desenvolvimento econômico e social com a responsabilização por

⁴ SHAW, Malcolm. *International Law*. 8. ed. Cambridge University Press: United Kingdom, 2017. p. 213.

⁵ PIOVESAN, Flávia Cristina; GONZAGA, Victoriana. EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS: desafios e perspectivas à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região*, v. 31, n. 1, p. 11-28, 2019. Disponível em: <https://trf1.emnuvens.com.br/trf1/article/view/9>. Acesso em: 04 maio 2020.

⁶ “It is to be noted that the Nuremberg Trials before US Military Tribunals, high-ranking corporate officers and owners of the IG Farben trust, the Flick trust and the Krupp firm were indicted for crimes against humanity (slave labour and torture), war crimes (slave labour and pillage), complicity in the crime of aggression and mass murder, and aiding and abetting murder, cruelties, brutalities, torture, atrocities, and other inhumane acts committed by the SS. Also, in the 1946 Zyklon B case, a British Military Tribunal convicted the businessmen Bruno Tesch and Karl Weinbacher for aiding and abetting murder: Tesch was the owner. Weinbacher the general manager of Tesch & Stabenow, a company that supplied concentration camps with Zyklon B, a pesticide used by the Nazis in the gas chambers against millions of Jewish people during the Holocaust. Tesch and Weinbacher were convicted even though they were not physically present at the concentration camps when the gassing occurred.” (KALECK, Wolfgang; SAAGE-MAAB, Miriam. Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes: the status quo and its challenges. *Journal Of International Criminal Justice*, [S.L.]. v. 8. n. 3. 01 Jul. 2010. Oxford University Press (OUP). pp. 701-702. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26652.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2020).

violações de garantias fundamentais,⁷ a iniciar o movimento global “*Business and Human Rights*”. A preocupação decorreu de um arranjo de fatores dos quais foi possível identificar alguns aspectos da globalização, especialmente os impactos negativos, notadamente contrários à dignidade da pessoa humana.

Referente à atuação empresarial, as empresas transnacionais foram vistas como possuidoras de grande potencial influenciador nas economias nacionais dos Estados e também nas relações econômicas internacionais.⁸ Era reconhecido que, como as empresas transnacionais operavam no contexto global, a possível regulação deveria ser, também, global.

As negociações procederam com referência a alguns temas específicos, como questões trabalhistas, controle de práticas corporativas, normas para investimentos internacionais, questões consumeristas, dentre outras. Mas, a questão central, inicialmente, foi a criação de um Código de Conduta para Empresas Transnacionais (em inglês, *Code of Conduct on Transnational Corporations – CCTC*)⁹, publicado em 1987, que dispunha sobre as relações entre as empresas e os governos e a operacionalização destas em seus territórios.¹⁰

O CCTC teve como primeira tentativa o estabelecimento de diretrizes sociais e padrões ambientais a serem respeitados a nível global na atuação das ETNs.¹¹ A proposição não foi frutífera. No relato de Sauviant, que elaborou material cujo conteúdo são as negociações para a produção deste código de conduta, ele esclarece que as negociações foram realizadas somente pelos governos e não obtiveram sucesso, sobretudo pelas diferentes aspirações entre Estados desenvolvidos e em desenvolvimento sobre os direitos e as responsabilidades das empresas, especialmente pelos interesses expansionistas de algumas economias e da vulnerabilidade de outras, o que não permitiu o estabelecimento de um consenso, já que a regulamentação da

⁷SAUVANT, Karl P. The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned. *Journal of World Investment and Trade*, v. 16 (2015). (2015). pp. 11-87. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2991265. Acesso em: 21 abr. 2020.

⁸ SAUVANT, Karl P. The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned. *Journal of World Investment and Trade*, v. 16 (2015). (2015). pp. 11-87. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2991265. Acesso em: 21 abr. 2020.

⁹ CODE OF CONDUCT ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS. New York, 1987. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/156251>. Acesso em: 12 set. 2021.

¹⁰ SAUVANT, Karl P. The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned. *Journal of World Investment and Trade*, v. 16 (2015). pp. 11-87. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2991265. Acesso em: 21 abr. 2020.

¹¹ FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy. *Sur, Revista internacional de direitos humanos*. São Paulo, v. 6, n. 11, p. 174-191, Dec. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 Maio 2020.

atividade das empresas transnacionais na jurisdição dos Estados está diretamente relacionada com o direcionamento dos investimentos realizados.¹²

Em 1976, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), organização econômica intergovernamental para o estímulo do progresso econômico e comércio mundial, à época com 30 Estados-membros, estabeleceu Diretrizes para Empresas Multinacionais¹³ com recomendações explícitas, mas também de caráter não vinculante. As recomendações fizeram referência aos princípios gerais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), assim como aderiram às regulamentações de proteção ao meio ambiente, proteção consumerista, corrupção, taxaçoão etc. Essas diretrizes estabeleceram também um mecanismo de solução de disputas¹⁴, o qual todos os Estados-membros foram obrigados a criar, para receber reclamações contra companhias que contrariassem as Diretrizes da OCDE. Desde 2000, organizações da sociedade civil têm acesso a esse mecanismo, o que o faz mais acessível para as vítimas do que o proposto pela OIT.¹⁵

Em 1977, a OIT, agência multilateral da ONU especializada em questões trabalhistas, exigiu o respeito à DUDH, além de outras convenções internacionais incentivadas pela Assembleia Geral da ONU e à sua própria Constituição¹⁶, com a adoção da Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Políticas Sociais.¹⁷ A Declaração não

¹² SAUVANT, Karl P. *The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned*. Journal of World Investment and Trade, vol. 16 (2015), pp. 11-87. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2991265. Acesso em: 21 abr. 2020.

¹³ Cf. OCDE. *Linhas Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais*. Disponível em: <https://www.oecd.org/corporate/mne/38110590.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

¹⁴ “If a complaint is filed against a corporation and is deemed worthy of further examination, the NCP opens a consultation process and attempts to mediate between the parties. If the parties involved are unable to resolve their differences, the NCP can issue a final statement. In these statements, the NCP does not have to clearly delineate accountability, nor can it impose any sanctions. On the other hand, the statement often does contain recommendations for the implementation of the Guidelines. Nonetheless, as the practices of the NCPs instituted by various countries lack any coherency, civil society organizations have been highly critical and have demanded a variety of improvements, such as more transparency in the Contact Point’s decision-making, more parliamentary control of the NCP, and an impartial body of appeals for contentious cases.” (KALECK, Wolfgang; SAAGE-MAAB, Miriam. Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes: the status quo and its challenges. *Journal Of International Criminal Justice*, [S.L.], v. 8, n. 3, p. 699-724, 1 jul. 2010. Oxford University Press (OUP). <http://dx.doi.org/10.1093/jicj/mqq043>. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26652.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2020).

¹⁵ KALECK, Wolfgang; SAAGE-MAAB, Miriam. Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes: the status quo and its challenges. *Journal Of International Criminal Justice*, [S.L.], v. 8, n. 3, p. 699-724, 1 jul. 2010. Oxford University Press (OUP). <http://dx.doi.org/10.1093/jicj/mqq043>. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26652.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2020.

¹⁶ Cf. OIT. *Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo (Declaração da Filadélfia)*. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 05 ago. 2020.

¹⁷ Cf. OIT. *Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Políticas Sociais*. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227046.pdf. Acesso em: 18 jul. 2020.

foi um instrumento vinculante, mas constituiu um mecanismo para denúncias de abusos cometidos em relação aos direitos humanos, especialmente direitos trabalhistas.¹⁸ O instrumento se mostra limitado, entretanto, pela impossibilidade de acesso direto pelas vítimas ou organizações da sociedade civil, apenas os Estados-membros da OIT e representantes de empregados ou empregadores possuem acesso para a realização de denúncias.

No final da década de 1990, após a experiência de diversos impactos negativos da globalização, aliada à falta de responsabilidade social da atividade empresarial e às práticas corporativas abusivas, foi evidente a necessidade de se envidarem esforços para a responsabilização jurídica de empresas transnacionais por violações de direitos humanos. Diversos códigos de conduta voluntários surgiram, com iniciativas de governos, organizações não governamentais, inclusive por algumas empresas, mas carentes de possibilidades maior efetividade.

O Pacto Global das Nações Unidas (*UN Global Compact*)¹⁹ é um exemplo importante de código de conduta voluntário proposto em 1999 no âmbito das Nações Unidas. Diferente dos instrumentos da OCDE e da OIT, o Pacto Global foi uma iniciativa do Secretário Geral das ONU, à época, Kofi Annan, em cooperação com atores privados e outras agências especializadas.

O Pacto Global²⁰ é considerado a maior iniciativa de sustentabilidade corporativa do mundo e quem o integra também assume a responsabilidade de contribuir para o alcance da agenda global de sustentabilidade. Os membros do Pacto Global, dentre os quais estão inseridos sindicatos de empregados e sindicatos de empregadores, corporações, instituições e organizações da sociedade civil, acordam 10 (dez) princípios²¹ universais relacionadas à proteção ambiental, princípios trabalhistas, combate à corrupção, derivados da Declaração Universal de Direitos Humanos, da Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, além de apresentar relatórios com exemplos de boas práticas corporativas para promover a observância por seus

¹⁸ FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy. *Sur, Revista internacional de direitos humanos*. São Paulo, v. 6, n. 11, p. 174-191, Dec. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 Maio 2020.

¹⁹ Cf. ONU. *Pacto Global*. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/10-principios>. Acesso em: 13 Ago. 2020.

²⁰ UN GLOBAL COMPACT. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/>. Acesso em: 12 set. 2021.

²¹ OS 10 PRINCÍPIOS. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/10-principios>. Acesso em: 12 set. 2021.

integrantes. Não é um instrumento vinculante, mas representa um fórum de debate para o diálogo de diversos atores do setor privado e de direitos humanos.

Em 2003, a ONU, através da Subcomissão para Promoção e Proteção de Direitos Humanos elaborou um documento, na forma de tratado, conhecido como “*Normas*”.²² A proposta era de que seriam impostas às empresas, dentro de suas esferas de influência, os mesmos deveres aos quais os Estados em que elas operavam se obrigavam.²³ O documento foi apresentado à antiga Comissão de Direitos Humanos (substituída em 2006 pelo Conselho de Direitos Humanos), mas, com a insurgência gerada pela responsabilização direta das empresas por meio do direito internacional, o documento não recebeu apoio das categorias empresariais, produziu impacto no posicionamento dos Estados e foi rejeitado na Comissão. Chegou a ser levantada a suposição de que era uma proposta de privatização dos direitos humanos.²⁴

Apesar dessa resistência, certo é que a comunidade global acreditava que tratar as relações entre empresas e direitos humanos, sobretudo empresas transnacionais, era um estreitamento necessário. Esse entendimento abrangia a sociedade civil e, em alguma medida, até mesmo as empresas, pela pressão exercida sobre suas atividades e a constante reprovação social pelo modo como atuavam. Mas, a perspectiva de eventual responsabilização direta internacional era um impeditivo para que um documento vinculante tivesse ampla aceitação.

Por outro lado, o diálogo entre empresas e direitos humanos permaneceu, fosse a partir de ações individuais e regulações corporativas próprias ou por ações intergovernamentais entre Estados para lidar com a ação complexa das empresas transnacionais. Foram necessários melhores esclarecimentos acerca das respectivas responsabilidades de cada um dos atores internacionais de forma razoavelmente objetiva para melhor elucidar a proteção e eventual responsabilização por violações dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.²⁵

²² Ou “*Norms*”: *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*.

²³ “As Normas, essencialmente, incorporam e enunciam quatro princípios gerais: que embora os Estados sejam os principais sujeitos de deveres, agentes empresariais também possuem obrigações perante o direito internacional dos direitos humanos; estas obrigações se aplicam de maneira universal e dizem respeito a um leque amplo de direitos; governos precisam tomar medidas para proteger os indivíduos contra abusos perpetrados por empresas; e, por fim, o caráter transnacional deste problema exige que haja monitoramento de práticas empresariais e mecanismos de controle das normas internacionais além do âmbito nacional, para assegurar que as empresas respeitem as Normas e outros instrumentos nacionais e internacionais pertinentes, quando realizarem atividades em outros países.” (FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy. *Sur, Revista internacional de direitos humanos*. São Paulo, v. 6, n. 11, p. 174-191, Dec. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 Maio 2020).

²⁴ RUGGIE, John. *JUST BUSINESS: multinational corporations and human rights*. 1. ed. New York: W. W. Norton & Company, Inc., 2013.

²⁵ RUGGIE, John. *JUST BUSINESS: multinational corporations and human rights*. 1. ed. New York: W. W. Norton & Company, Inc., 2013.

A longa marcha teórico-político-jurídica culminou no paradigma “Proteger, Respeitar e Reparar”, firmado nos Princípios Orientadores da ONU para Empresas e Direitos Humanos²⁶, lançados em 2011. O paradigma é também conhecido como “marco Ruggie”, por ter sido fruto do trabalho realizado por John Ruggie, professor da universidade de Harvard e, à época, Representante Especial para assuntos sobre direitos humanos e empresas transnacionais e outros negócios empresariais.

Nas palavras de Ruggie, o paradigma “simplesmente pontua: Estados devem proteger, empresas devem respeitar e aqueles que forem prejudicados devem ter reparação.”²⁷ É baseado no reconhecimento de obrigações assumidas pelos Estados de respeitar, proteger e implementar os direitos humanos e liberdades fundamentais; do papel das empresas como órgãos especializados da sociedade que desempenham funções especializadas e que devem cumprir todas as leis aplicáveis aos direitos humanos; da necessidade de que os direitos e obrigações sejam providos de recursos adequados e eficazes, em caso de descumprimento.²⁸ Apesar de não criar novas obrigações, o documento setoriza disposições já existentes no direito internacional dos direitos humanos e o modo como os atores envolvidos nas relações devem atuar para concretizar a observância de direitos fundamentais mínimos na atuação empresarial transnacional e também de qualquer outra escala.

Os Princípios Orientadores indicam que os Estados possuem o dever de proteger os direitos humanos, o que significa, além da proibição de cometer violações por atos próprios, a elaboração de políticas apropriadas, regulamentação e adjudicação para evitar abusos a esses direitos por terceiros, inclusive empresas transnacionais; o estabelecimento claro da expectativa de que todas as empresas que operacionalizem em seu território ou que estejam sujeitas à sua jurisdição respeitem os direitos humanos nas suas operações; a elaboração, a garantia do cumprimento e o monitoramento de leis que visem a proteger os direitos humanos em seu território, especialmente na operacionalização das empresas, de modo a não permitir que a legislação empresarial restrinja os direitos humanos, mas propiciem o seu respeito; a adoção de medidas adicionais de proteção contra as violações de direitos humanos para as empresas com quem o Estado tenha nexos causais, por exemplo, empresas de sua propriedade ou sob seu controle, que recebam significativos apoios e serviços de organismos estatais, exigindo

²⁶ UNITED NATIONS. *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. New York, 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 22 abr. 2020.

²⁷ RUGGIE, John. *JUST BUSINESS: multinational corporations and human rights*. 1. ed. New York: W. W. Norton & Company, Inc., 2013. p. xxi.

²⁸ RUGGIE, John. *JUST BUSINESS: multinational corporations and human rights*. 1. ed. New York: W. W. Norton & Company, Inc., 2013. p. 1.

auditorias em matéria de direitos humanos; quando contratam serviços de empresas ou promulgam normas com essa finalidade e aquelas com as quais realizam transações comerciais; o fomento ao respeito aos direitos humanos pelas empresas nas regiões afetadas por conflitos; a garantia de coerência política, de modo que os organismos governamentais e instituições estatais devem, igualmente, promover e respeitar os direitos humanos; a manutenção de um marco normativo nacional adequado para assegurar o cumprimento de suas obrigações de direitos humanos quando firmem acordos políticos sobre atividades empresariais com outros Estados ou empresas, por exemplo, por meio de tratados ou contratos de investimento; ainda, devem dar observância a este compromisso na sua atuação em instituições multilaterais.²⁹

Apesar de não vincular diretamente as empresas, os Princípios Orientadores estabelecem como as corporações devem respeitar os direitos humanos, exigência que deve ser feita, pois, pelos Estados. O respeito significa que as empresas devem se abster de infringir os direitos humanos de terceiros e enfrentar os impactos negativos sobre os direitos humanos nos quais tenham algum envolvimento. Tal exigência inclui tanto as próprias atividades para as quais estes entes contribuam, como aquelas relacionadas com operações, produtos ou serviços prestados por suas relações comerciais, inclusive quando não tenham contribuído para gerá-los. A responsabilidade corporativa independente das empresas, além de obedecer a regulamentação estatal em cada local de atuação, deve agir com as devidas diligências (*due diligence*) para evitar infringir os direitos dos indivíduos e impactos adversos através das cadeias de atuação nas quais estejam envolvidas, bem como ofertar instrumentos de reparação por violações cometidas, com amplo acesso para as vítimas. Os direitos aqui observados como de essencial respeito na atuação empresarial são aqueles referentes ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, que incluem, no mínimo, a Carta Internacional de Direitos Humanos e os princípios relativos aos direitos fundamentais estabelecidos na Declaração da OIT. Caso ocorram impactos adversos aos direitos humanos, as empresas deverão reparar ou contribuir para sua reparação, se provocaram ou contribuíram para tais impactos.³⁰

As diretrizes estabelecem que o Princípio Fundamental (Princípio 25) de acesso aos mecanismos de reparação de violações aos direitos humanos é que os Estados devem tomar medidas apropriadas para garantir que os afetados possuam acesso a mecanismos de reparação

²⁹ UNITED NATIONS. *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. New York, 2011. pp. 3-12. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 22 abr. 2020.

³⁰ UNITED NATIONS. *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. New York, 2011. pp. 13-26. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 22 abr. 2020

eficazes quando os abusos forem cometidos em seu território. A não adoção das medidas necessárias para investigação, punição e reparação debilitam a proteção aos direitos humanos, que são um dever dos Estados. A população deve conhecer e compreender os mecanismos existentes e cabe aos Estados oferecer o apoio necessário, seja financeiro e/ou especializado para garantir o acesso pelas vítimas.³¹

Para operacionalizar o acesso a mecanismos de reparação, os Estados devem oferecer às vítimas instrumentos estatais judiciais com eficácia para receber denúncias das violações de direitos humanos cometidas por empresas, de modo a evitar a existência de obstáculos jurídicos que inibam o acesso ou impliquem em negação de acesso aos mecanismos de reparação. Paralelamente, os Estados também devem oferecer instrumentos extrajudiciais eficazes e apropriados, como por exemplo, administrativos e legislativos, dentre outros. Devem ser estabelecidos também mecanismos não estatais de denúncias, que podem ser administrados pelas empresas por si próprias ou em conjunto com partes interessadas. Podem, ainda, ser utilizados procedimentos de solução de controvérsias não estatais que oferecem vantagens como rapidez procedimental e viabilidade de solução transnacional, além de órgãos de monitoramento regionais e internacionais de direitos humanos.³²

Enfim, o resultado do paradigma “Proteger, Respeitar e Reparar” foi alcançado com o trabalho de uma equipe multidisciplinar que acompanhou Ruggie nas pesquisas, no diálogo

³¹ “A reparação pode incluir pedido de desculpas, reabilitação, compensações econômicas ou não econômicas e sanções punitivas (por exemplo multas, sejam penais ou administrativas), assim como medidas de prevenção de novos danos como, por exemplo, liminares ou garantias de não repetição.” (UNITED NATIONS. *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. New York, 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 22 abr. 2020).

³² O Princípio 31 dos Princípios Orientadores da ONU para Empresas e Direitos Humanos estabelece quais são os critérios a serem observados para garantir a eficácia de mecanismos não judiciais de denúncia. Transcreve-se: PRINCÍPIO 31. Para garantir sua eficácia, os mecanismos não judiciais de denúncia, tanto estatais como nãoestatais, devem ser: A. Legítimos: suscitar a confiança dos grupos de interesse aos quais estão destinados e responder pelo correto desenvolvimento dos processos de denúncia; B. Acessíveis: ser conhecidos por todos os grupos interessados aos quais estão destinados e prestar a devida assistência aos que possam ter especiais dificuldades para acessá-los; C. Previsíveis: dispor de um procedimento claro e conhecido, com um prazo indicativo de cada etapa, e esclarecer os possíveis processos e resultados disponíveis, assim como os meios para supervisionar a implementação; D. equitativos: assegurar que as vítimas tenham um acesso razoável às fontes de informação, ao assessoramento e aos conhecimentos especializados necessários para iniciar um processo de denúncia em condições de igualdade, com plena informação e respeito; E. Transparentes: manter informadas as partes num processo de denúncia de sua evolução, e oferecer suficiente informação sobre o desempenho do mecanismo, com vistas a fomentar a confiança em sua eficácia e salvaguardar o interesse público que esteja em jogo; F. Compatíveis com os direitos: assegurar que os resultados e as reparações sejam conforme aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos; G. Uma fonte de aprendizagem contínua: adotar as medidas pertinentes para identificar experiências a fim de melhorar o mecanismo e prevenir denúncias e danos no futuro; Os mecanismos de nível operacional também deveriam: H. Basear-se na participação e no diálogo: consultar os grupos interessados, para os quais esses mecanismos estão destinados, sobre sua concepção e seu desempenho, com especial atenção ao diálogo como meio para abordar e resolver as denúncias. (UNITED NATIONS. *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. New York, 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 22 abr. 2020).

com empresas, governos e com a sociedade civil. O diálogo, que abrangeu uma pluralidade de setores, parece ter sido um consenso para que pudesse ser instrumentalizado um documento oficial que esclarecesse as relações entre empresas, direitos humanos e as funções de cada um dos atores envolvidos nestas relações para a garantia de padrões mínimos existenciais.

Não só como o primeiro padrão de comportamento referente a empresas e direitos humanos, o marco Ruggie também recebeu o endosso do Conselho de Direitos Humanos em 2011 (quando já deixara de ser denominado Comissão de Direitos Humanos) como o primeiro documento aprovado sem negociação própria dos governos dos Estados. Pelo mesmo motivo, o documento é um instrumento de adesão voluntária, não constitui um tratado de direitos humanos, mas reconhece e enfatiza os já existentes. Por ser um instrumento de adesão voluntária, sua natureza é considerada como um importante instrumento de “*soft law*”, com potencial estímulo para orientar a regulamentação de violações de direitos humanos cometidas por corporações.

É importante ressaltar que questões de ordem material - nacionais e internacionais - e, principalmente, processuais - nacionais e internacionais - dispostas no instrumento são ainda nebulosas, especialmente o acesso à justiça das vítimas de forma adequada, eficaz e viável. É o percalço que enfrenta a reparação dessas violações que existem e são reconhecidas, e, portanto, necessitam de meios para responsabilização.

O marco Ruggie é até hoje criticado por sua proteção insuficiente, majoritariamente atribuída à necessária atuação dos Estados para concretização de suas disposições, o que não é propriamente resolutivo quanto aos problemas que envolvem a proteção aos direitos humanos diante da atuação de empresas transnacionais, além da sua natureza de “*soft law*”, que não gera vinculação obrigatória às suas normas. O problema de sua proposta é apontado como a provável tentativa de chegada a um consenso político na comunidade entre Estados e empresas na comunidade internacional.

Alguns Estados elaboraram planos de ações nacionais orientados pelo paradigma “Proteger, Respeitar e Reparar”, como, por exemplo, Reino Unido, Holanda, Itália, Dinamarca, Finlândia, Lituânia, Suécia, Noruega, Colômbia, Suíça, Estados Unidos da América, Alemanha, França, Polônia, Espanha, Bélgica, Chile, República Checa, Irlanda.³³, conforme consta nos

³³ CARDIA, Ana Cláudia Ruy. Reparations of victims in light of a Treaty on Business and Human Rights. *Revista de Direito Internacional*, [s.l.], v. 15, n. 2, p. 3-13, 26 out. 2018. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v15i2.5369>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5369>. Acesso em: 18 jul. 2020.

Princípios Orientadores da ONU como uma das responsabilidades a serem adotadas pelos Estados para efetivar a melhor proteção aos direitos humanos.

As observações apontadas por Ana Cláudia Ruy Cardia³⁴ acerca dos Planos Nacionais adotados nestes Estados são de que eles, basicamente, reproduzem as recomendações dispostas no marco Ruggie e que, apesar de constituírem melhoramentos no plano de promoção e proteção de direitos humanos para as companhias em nível nacional, carecem de avanços a respeito de normas vinculantes de compensação para as vítimas acometidas por violações de direitos humanos.

Apesar da implementação dos planos nacionais em alguns países, ainda são reportados muitos casos de violações de direitos humanos cometidas por meio da atuação de empresas transnacionais, pelo que se faz necessária a adoção de medidas e instrumentos efetivos.

Devido à insatisfação de organizações da sociedade civil e até mesmo dos Estados, pela dificuldade de enfrentamento desta problemática, em 2014, foram iniciadas sessões de discussão de um Grupo Intergovernamental para a elaboração de um tratado vinculante sobre o assunto, no âmbito do Conselho de Direitos Humanos da ONU (*Resolution A/HRC/26/L.22/Rev. 1*).³⁵ Desde então, permanecem as realizações de consultas aos Estados e aos entes afetos pelo tratado acerca dos seus termos.

A última versão da proposta de tratado, revisada em 06 de agosto de 2020³⁶, estabelece algumas provisões que poderão ser parte do tratado no futuro, se finalizado e ratificado, que chamam a atenção, especialmente das corporações. Alguns dos principais itens são³⁷: (i) inclui questões ambientais na definição de “abuso de direitos humanos” e possibilidade de remediação através de reparação ambiental e restauração ecológica, que pode ser extremamente caro e desafiador para as empresas; (ii) impede a defesa baseada em *forum non conveniens* e permite a transferência do ônus da prova para os réus; (iii) rejeita alegações decorrentes de cadeias de contratos como não condizentes com a personalidade jurídica da empresa, de modo que

³⁴ CARDIA, Ana Cláudia Ruy. Reparations of victims in light of a Treaty on Business and Human Rights. *Revista de Direito Internacional*, [s.l.], v. 15, n. 2, p. 3-13, 26 out. 2018. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v15i2.5369>. Disponível em:

<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5369>. Acesso em: 18 jul. 2020.

³⁵ UNITED NATIONS. *A/HRC/26/L.22/Rev.1*. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G14/058/99/PDF/G1405899.pdf?OpenElement>. Acesso em: 20 set. 2020.

³⁶ UNITED NATIONS. *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

³⁷ DRIMMER, Jonathan. *Draft Business and Human Rights Treaty, take 3*. Disponível em: <https://www.paulhastings.com/publications-items/blog/international-regulatory-enforcement/international-regulatory-enforcement/2020/08/20/draft-business-and-human-rights-treaty-take-3>. Acesso em: 20 set. 2020.

categoriza como “falha em prevenir” os danos causados por uma parte com quem tenha relação comercial no seu modo de atuação; (iv) exigência de medidas de *due diligence* para previsão de riscos e identificação de potenciais impactos em direitos humanos, com medidas para evitar ou mitigar eventuais danos ocasionados; (v) permite que o caso seja arquivado em jurisdições nas quais o Estado tenha contribuído para o cometimento de abusos; (vi) determina que os Estados criem leis que estabeleçam responsabilidade criminal contra empresas que cometam abusos segundo o direito internacional dos direitos humanos, conforme definido pelas leis nacionais e interpretado pelos tribunais internacionais.

Alguns anos ainda serão necessários para a finalização e possível ratificação desta proposta de tratado, mas representa um horizonte para responsabilizações pelas violações de direitos humanos cometidas por empresas transnacionais de modo mais eficiente do que o existente até agora. Independente disso, permanece necessária a elaboração de planos nacionais que prevejam as orientações internacionais de padrões de direitos humanos a serem respeitados na atuação empresarial e a necessidade de oferta de meios nacionais para responsabilização por abusos cometidos.

1.2 RESPONSABILIZAÇÃO INTERNACIONAL DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Empresas transnacionais, como já apontado, possuem grande relevância no cenário global atual, seja pelo capital financeiro que produzem³⁸ ou pela quantidade de pessoas envolvidas no seu modelo de atuação - que atinge desde acionistas até trabalhadores e consumidores - seja pela extensão da atuação, que ultrapassa fronteiras e continentes e desafia a regulamentação nacional.

A atuação das ETNs não se trata de qualquer atividade empresarial, mas de “empresas que congregam uma expressiva parcela da circulação do capital internacional – que possuem poder econômico e mesmo político para se contrapor a entes estatais e mesmo organizações internacionais.”³⁹

³⁸ Estudos do início do Século XXI já apontaram que algumas empresas possuem economia mais largas que a de países de menor desenvolvimento, assim como crescem economicamente de forma mais rápida. (ANDERSON, Sarah; CAVANAGH, John. *Top 200: the rise of corporate global power*. 2000. Publicado pelo Instituto de Estudos Políticos. Disponível em: <https://corpwatch.org/article/top-200-rise-corporate-global-power#overview>. Acesso em: 21 abr. 2020).

³⁹ FACHIN, Melina Girardi *et al.* Ponto cego do Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma superação do paradigma estatocêntrico e a responsabilidade internacional de empresas violadoras de direitos humanos. *Homa*

É pela complexidade dessa forma de atuação que a responsabilização das ETNs por violações de direitos humanos impõe desafios jurídicos, a resultarem, quase sempre, ilesas às responsabilizações, se comparado às violações cometidas.

A ótica de controle das atividades das ETNs e da observância dos padrões internacionais de direitos humanos ainda é preponderantemente atrelada à responsabilidade de proteger do Estado, o que dificulta em grande medida a responsabilização destes entes pelas violações cometidas.

O Estado é visto como o principal violador quando falha na tarefa de proteção dos Direitos Humanos – por meio das funções do Executivo, Legislativo ou Judiciário, ainda que a violação tenha sido oriunda de ato de um indivíduo ou de uma empresa.⁴⁰

Na atualidade, é difícil negar, entretanto, que os Direitos Humanos têm também eficácia nas relações entre particulares (eficácia horizontal dos direitos humanos, conforme postulou a jurisprudência Alemã). Os direitos humanos, conforme classificação de André Carvalho Ramos, possuem funções que podem ser classificadas como (dentre outros critérios de classificação): direitos de defesa, direito a prestações e direitos a procedimentos e instituições.⁴¹

Esses direitos de defesa pertencentes ao indivíduo invocam um escudo contra o poder estatal, a configurar a tradicional eficácia vertical dos direitos humanos (indivíduo x Estado). Porém, os direitos de defesa podem também ser invocados contra outros particulares, a consagrar a eficácia horizontal dos direitos humanos (indivíduo x indivíduo),⁴² teoria consagrada em países como Brasil, Argentina, Chile, Peru, Uruguai, tanto na doutrina, como nos tribunais. A assimetria entre os particulares pode configurar o que é definido como eficácia diagonal dos direitos humanos – em relações nas quais um dos particulares ostenta situação de vulnerabilidade, a fazer nascer a prevalência de um direito sobre outro.⁴³

Essa eficácia dos direitos humanos nas relações entre particulares gera o dever de proteger do Estado – ao não permitir que particulares invadam a esfera de direitos fundamentais de outros particulares ou a exigência de que o Estado interfira a favor do titular violado e contra o particular violador.⁴⁴

Publica: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas, Curitiba, v. 01, n. 01, p. 1-18, 30 nov. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30423>. Acesso em: 08 ago. 2021.

⁴⁰ FACHIN, Melina Girardi *et al.* Ponto cego do Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma superação do paradigma estatocêntrico e a responsabilidade internacional de empresas violadoras de direitos humanos. *Homa Publica*: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas, Curitiba, v. 01, n. 01, p. 1-18, 30 nov. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30423>. Acesso em: 08 ago. 2021.

⁴¹ RAMOS, André Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 63.

⁴² RAMOS, André Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 63.

⁴³ RAMOS, André Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 63.

⁴⁴ RAMOS, André Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 63.

Por mais consagrada que esteja a eficácia dos direitos humanos entre particulares (na sua modalidade horizontal ou diagonal), o dever dos particulares de respeito aos direitos humanos e o direito de defesa dos indivíduos cujos direitos foram violados, a jurisdição internacional é limitada para responsabilização de atores não estatais. Essa situação configura o que Melina Fachin e outros autores intitularam em artigo sobre a matéria como paradigma estatocêntrico e o ponto cego da responsabilidade internacional de empresas violadoras de direitos humanos.⁴⁵

A responsabilização de empresas transnacionais por violações de direitos humanos destaca o paradoxo de que, apesar de não consideradas como sujeitos de direito internacional, as ETNs figurarem como atores de grande relevância nesse cenário. ETNs possuem aspectos materiais complexos de normatização; os mecanismos judiciais estatais são insuficientes ao adequado e eficaz acesso à justiça para reparação por violações de direitos humanos cometidas pela atuação de ETNs e a jurisdição internacional não é apta para julgar tais casos. Não há Corte, Comissão ou Comitê internacional que sirva a essa finalidade específica, embora seja muito importante para as vítimas.

A denominação “empresa transnacional” adotada neste trabalho é fruto de fundamentada discricionariedade, uma vez que, no mais das vezes, a conceituação é equivalente à de “empresas multinacionais”, com a ressalva de que a denominação multinacional pode trazer a ideia de que uma única empresa teria diversas nacionalidades, caso em que surgem problemas para identificação do Estado responsável por essa corporação – na ordem internacional, a legitimação para exercício de proteção diplomática; na ordem interna, em primeiro lugar, a regulamentação da personalidade jurídica privada – razão pela qual não fora adotada. A escolha pelo termo transnacional se dá para reproduzir literalmente que se tratam de empresas que nascem em Estado específico, mas expandem suas atividades para além das fronteiras, através de cadeias de contratos com empresas subsidiárias, interligadas entre si e subordinadas a um comando institucional com estratégia global.

A OCDE, nas Diretrizes para Empresas Multinacionais, de 1976, conceitua estes entes como:

(...) empresas ou outro tipo de entidades, estabelecidas em mais de um país e ligadas entre si de forma a coordenarem as suas atividades de diversas maneiras. Podendo uma ou mais destas entidades exercer uma influência significativa sobre as atividades

⁴⁵ FACHIN, Melina Girardi *et al.* Ponto cego do Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma superação do paradigma estatocêntrico e a responsabilidade internacional de empresas violadoras de direitos humanos. *Homa Publica*: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas, Curitiba, v. 01, n. 01, p. 1-18, 30 nov. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30423>. Acesso em: 08 ago. 2021.

umas das outras, o grau de autonomia de cada uma dentro da organização pode, no entanto, variar muito consoante a multinacional em questão. (...).⁴⁶

Algumas empresas transnacionais possuem papel relevante nas relações internacionais, especialmente na Ordem Econômica Internacional, apesar da (falta de) aceitação de sua personalidade jurídica internacional - assunto que divide a opinião de doutrinadores.

As ETNs não possuem legitimação processual para atuar perante os tradicionais foros internacionais, em particular, cortes e tribunais, nem são detentoras de direitos e deveres concedidos por tratados interestatais. De modo geral, não possuem status internacional autônomo e estão subordinadas ao ordenamento jurídico dos Estados onde realizam as suas operações e os seus negócios, portanto, não podem figurar em pé de igualdade em relação aos principais sujeitos do Direito Internacional, os Estados.

Entretanto, alguns autores, como Malcolm Shaw, por exemplo, apostam que estes entes são possíveis candidatos a obter um reconhecimento “maior”⁴⁷ desta qualidade no âmbito internacional num futuro próximo,⁴⁸ e isso não se dá sem motivo.

ETNs exercem influência na produção de normas sobre comércio, investimento, concorrência, propriedade intelectual, telecomunicações; são importantes sujeitos na Organização Mundial do Comércio (OMC), podem ser reclamantes indiretos no mecanismo de resolução de disputas; podem instaurar procedimentos arbitrais nas relações investidor-Estado; participam de fóruns para elaboração de instrumentos de *soft law*, especialmente concernentes às questões trabalhistas e ambientais, como códigos de conduta etc.⁴⁹ Somado a isso, o poderio econômico desses sujeitos pode ser maior que o de Estados menores, além de também existir a possibilidade de celebração de acordos entre ETNs e governos, inclusive acordos de concessão e, em alguns casos, possibilidade de aquisição de proteção diplomática. Portanto, ainda que, formalmente, não sejam sujeitos de direitos e deveres no sistema internacional, atuam, de fato, de modo a impactá-lo.

No meio acadêmico, é latente a preocupação com a ausência de reconhecimento formal da personalidade jurídica internacional das ETNs. Devido a critérios econômicos, a tendência

⁴⁶ FOE. *Um Guia para as Diretrizes: uma orientação prática para indivíduos, comunidades e ONGs sobre as Diretrizes da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) para Empresas Multinacionais*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/guias/dh/guia_diretrizes_ocde_ongs_multis.pdf. Acesso em: 21 set. 2020.

⁴⁷ Em verdade, cada caso é um caso, pois a personalidade jurídica precisa ser verificada individualmente. Com “maior” refere-se a um consenso maior entre estudiosos que existem empresas com tal qualidade.

⁴⁸ SHAW, Malcolm. *International Law*. 8. ed. Cambridge University Press: United Kingdom, 2017. p. 197.

⁴⁹ ALVAREZ, Jose E. Are Corporations “Subjects” of International Law?. *Santa Clara Journal of International Law*. Vol. 9, 2011. Disponível em: <https://digitalcommons.law.scu.edu/scujil/vol9/iss1/1/>. Acesso em: 07 set. 2020.

é que, caso a única regulamentação aplicável a estas empresas seja o ordenamento jurídico estatal, possa ser identificada, na prática, sob outro viés, a real desregulamentação. Isso se dá porque a atuação das empresas transnacionais implica diretamente na existência de acordos de investimento. Receber uma ETN em território nacional implica fomentar o comércio e o desenvolvimento econômico do país. Na lógica da competitividade, os Estados que impõem maiores obrigações ou restringem os direitos das ETNs em seus territórios são também os menos preferíveis para serem beneficiados com o investimento. É efeito da lógica comercial ou da doutrina consagrada como “*race to the bottom*.”⁵⁰

De acordo com Ian Browlie, a soberania é utilizada para descrever a competência jurídica que os Estados possuem em geral, inclusive a competência legislativa em território nacional.⁵¹ Se é possível a coexistência de soberanias na comunidade de Nações de forma igualitária, também o é a coexistência e a validade de várias ordens jurídicas nacionais. É a ordem jurídica internacional que determina o espaço e as fronteiras desse espaço no qual a ordem jurídica nacional é válida – que não é, necessariamente, um espaço geográfico.⁵²

De acordo com o princípio da territorialidade clássico, cada ETN se submete, no mínimo, a duas ordens jurídicas estatais: a do Estado de origem (sede da empresa) e a do Estado hospedeiro (país hóspede, que recebe a empresa), isso num cenário simples de atuação. Em alguns casos, as ETNs estão distribuídas por diversos territórios. Se determinada ETN possui atuação na China, França, Espanha, Itália e Brasil, poderão estar submetidas ao Direito chinês, na esfera de validade normativa chinesa, ao Direito francês, na esfera de validade normativa francesa, ao Direito espanhol, na esfera de validade normativa espanhola, ao Direito italiano, na esfera de validade normativa italiana, ao Direito brasileiro, na esfera de validade normativa brasileira.

De acordo com a Teoria geral do direito e do Estado de Hans Kelsen⁵³, não há impossibilidade de que a norma de um país possa dispor sobre a obediência de condutas a serem praticadas fora da esfera de validade da sua ordem jurídica nacional, da unidade territorial jurídica do Estado, quer-se dizer, na unidade territorial jurídica de outro país. Mas, a execução da norma, ou seja, o cumprimento de atos coercitivos para exigir a obediência ou a

⁵⁰ A expressão “*race to the bottom*” foi adotada, primeiramente, pelo jurista estadunidense Louis Brandeis entre o final dos anos 1800 e início dos anos 1900.

⁵¹ BROWNLIE, Ian. *Princípios do direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 311.

⁵² KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes. Tradução de Luís Carlos Borges. p. 301.

⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes. Tradução de Luís Carlos Borges. p. 300.

responsabilização por eventual descumprimento da norma, não pode ser exercida fora da esfera de validade da ordem jurídica nacional, ou seja, fora da sua unidade territorial jurídica.

O cenário de atuação das ETNs é considerado hipercomplexo:⁵⁴ a atuação das ETNs envolve regulação estatal de mais de um Estado – de modo que cada um pode utilizar seu direito interno e seus mecanismos de solução de conflitos - e também de ordens não estatais, como por exemplo, a *lex mercatoria*, instrumento de direito internacional privado; assim como a existência de acordos de investimento, acordos de cooperação, acordos multilaterais etc. Fala-se, portanto, em regulação normativa das atividades de empresas transnacionais pela ordem internacional, através de tratados internacionais e instrumentos de *soft law*; pela ordem estatal, através dos ordenamentos jurídicos dos Estados; por meio de cadeias de contratos entre a empresa principal e suas subsidiárias; inclusive, possibilidade de autorregulação por meio de códigos de condutas empresariais, dentre outros instrumentos normativos que podem incidir sob algum aspecto da atuação das ETNs.

Predominantemente, em temas importantes para o interesse das corporações, como comércio internacional e investimento estrangeiro, prevalecem instrumentos bilaterais de investimento com natureza de *hard law*, isto é, com potencial coercitivo em caso de descumprimento de seus termos. Por outro viés, concernente aos direitos humanos e outros temas afetos às pautas sociais, prevalecem os instrumentos com natureza de *soft law*, isto é, de caráter mais informal que aqueles outros.⁵⁵ Os instrumentos jurídico-normativos que podem incidir sobre a atuação das ETNs são diversos e o grau de vinculação dependerá mais do conteúdo neles inseridos do que, propriamente, da qualidade de sua personalidade no plano internacional.

A arbitragem é o meio mais frequentemente utilizado para resolução de disputas decorrentes de relações transnacionais, especialmente relações contratuais, uma vez que, por serem relações que são submetidas a mais de um ordenamento jurídico, opta-se pela utilização de um instrumento que garanta razoável uniformidade para conhecimento de situações legais multiconectadas.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é a área afeta ao Direito Internacional que abrange as convenções internacionais referentes aos direitos humanos, os sistemas

⁵⁴ FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não-estatais. *Revista de Direito Internacional*. Vol. 12, n. 1, 2015, pp. 395-414. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3303>. Acesso em: 28 abr. 2020.

⁵⁵ FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não-estatais. *Revista de Direito Internacional*. Vol. 12, n. 1, 2015, pp. 395-414. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3303>. Acesso em: 28 abr. 2020.

regionais de direitos humanos, como o sistema europeu, o sistema interamericano e o sistema africano, além da constitucionalização estatal que prevê direitos fundamentais. Os instrumentos protetivos de Direitos Humanos estabelecem obrigações para os Estados, que, por sua vez, são obrigados a colocar em prática suas obrigações convencionais no âmbito de sua jurisdição, o que inclui a regulamentação de corporações.

Há notável resistência dos Estados a firmarem tratados internacionais que invoquem obrigações diretas e mais severas às corporações, que não estejam relacionadas aos seus interesses comerciais e, ao contrário, signifiquem mais responsabilidades no seu modo de atuação, sobretudo responsabilidade social corporativa. É que, apesar desta atitude importar benefício para a proteção de direitos humanos – que constitui um dever dos Estados – há impacto direto no recebimento de investimentos em seus territórios. Portanto, é essencial que sejam adotadas estratégias internacionais complementares às estratégias estatais.

Contudo, somado à inércia de países poderosos para regular a atuação de ETNs em seus territórios e à inexistência de mecanismos coercitivos que obriguem que os Estados atuem neste sentido, está inserida a problemática da inexistência de um mecanismo apto a responder satisfatoriamente as necessidades dos indivíduos que buscam reparação pelos danos causados pela atuação das ETNs de forma adequada e eficaz, por descumprimento de padrões internacionais de respeito aos direitos humanos, o que faz com que as questões de direitos humanos permaneçam distantes da reivindicação daqueles que são os maiores prejudicados pelos atos praticados por estes atores.

Portanto, essa responsabilidade está inclusa no dever dos Estados de proteção aos direitos humanos. O Estado soberano exerce papel preponderante, mas não mais suporta a lógica individualizadora de jurisdição.

Conforme o paradigma de John Ruggie, os mecanismos estatais de denúncia devem constituir a base de um sistema de reparação, que devem ser complementados ou reforçados por mecanismos não estatais, que podem ser desde mecanismos de denúncia eficazes administrados pelas próprias empresas ou por terceiros, que comporte a reclamação das pessoas ou da comunidade, até sistemas internacionais ou regionais de direitos humanos – desde que apropriados e compatíveis com os direitos tutelados, assim como competentes para oferecer jurisdição às corporações. Nesses casos, o Estado deve facilitar o acesso das vítimas a estes mecanismos.

Nas diretrizes do marco Ruggie são apresentadas algumas barreiras existentes que podem ilustrar a dificuldade de acesso à justiça de forma integral e eficaz pelas vítimas:

inadequação da legislação que atribui responsabilidade jurídica empresarial aos membros da corporação; negação dos Estados de acesso à justiça; ausência de proteção adequada para grupos minoritários; obstáculos práticos e procedimentais, como custos para formulação de denúncias e de processos judiciais, assim como representação jurídica; ineficiência do Estado para tratar questões sensíveis de direitos humanos; desequilíbrio financeiro entre as partes – grandes corporações e vítimas; barreiras culturais, geográficas, técnicas etc.⁵⁶

As diretrizes preveem soluções alternativas que podem vir a contribuir para a problemática do acesso à justiça: os mecanismos para denúncia e reparação podem ser judiciais e, paralelamente a estes, extrajudiciais, tais como negociação, conciliação, mediação e arbitragem, portanto, mecanismos privados autocompositivos ou heterocompositivos, desde que tenham o condão de superar as barreiras enfrentadas pelas vítimas que obstaculizam seu direito de reparação.

Os mecanismos não judiciais de denúncias devem ser: (a) legítimos; (b) acessíveis; (c) previsíveis; (d) equitativos; (e) transparentes; (f) compatíveis com os direitos; (g) uma fonte de aprendizagem contínua; (h) baseados na participação e no diálogo.⁵⁷

⁵⁶ Os obstáculos jurídicos que podem impedir que a análise de casos legítimos de violações dos direitos humanos relacionados com empresas podem ocorrer, por exemplo, nas seguintes circunstâncias: quando a forma em que se atribuem as responsabilidades jurídicas entre os membros de um grupo empresarial, conforme a legislação penal e civil, permite que não se prestem contas de maneira apropriada; quando os demandantes são vítimas de uma negação de justiça no Estado “receptor” e não podem acessar os tribunais do Estado de origem, independentemente do fundamento da denúncia; quando os direitos humanos de certos grupos, como os povos indígenas e os migrantes, não recebem o mesmo nível de proteção jurídica que os da população majoritária. Podem surgir barreiras práticas e de procedimento para obter acesso à reparação, por exemplo: quando os custos para apresentar denúncias superam o nível necessário para promover ações judiciais infundadas e/ou não podem ser reduzidos a níveis razoáveis com apoio público, mediante mecanismos “baseados no mercado” (como os seguros de litígio ou os sistemas de custas legais) ou por outros meios; quando os denunciadores têm dificuldades para conseguir representação jurídica devido à falta de recursos ou outros incentivos para que os advogados assessorarem aos denunciadores nesse âmbito; quando não se dispõe de opções adequadas para apresentar reclamações conjuntas ou estabelecer procedimentos de representação (como as demandas civis coletivas e outros procedimentos de ação coletiva), o qual impede que os denunciadores a título individual obtenham uma reparação adequada; quando os promotores de justiça carecem de recursos, conhecimento especializado ou de apoio necessários para cumprir as obrigações assumidas pelo Estado de investigar o envolvimento de pessoas ou empresas em delitos de direitos humanos. Muitos desses obstáculos são resultado de ou são agravados pelas frequentes desigualdades entre as partes das causas de direitos humanos relacionadas com empresas, especialmente quanto aos recursos financeiros, acesso à informação e concorrências profissionais. Ademais, seja por discriminação ativa ou como consequência involuntária da estrutura e funcionamento dos mecanismos judiciais, as pessoas pertencentes a grupos ou populações expostas a maior risco de vulnerabilidade ou marginalização enfrentam com frequência obstáculos culturais, sociais, físicos e financeiros adicionais para acessar esses mecanismos, utilizá-los e deles se beneficiar. Deve-se prestar especial atenção aos direitos e às necessidades específicos desses grupos ou populações em cada etapa do processo de reparação: acesso, procedimento e resolução. (UNITED NATIONS. *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. New York, 2011. p. 20. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 08 set. 2020)

⁵⁷ “Princípio 31. Para garantir sua eficácia, os mecanismos não judiciais de denúncia, tanto estatais como não estatais, devem ser: A. Legítimos: suscitar a confiança dos grupos de interesse aos quais estão destinados e responder pelo correto desenvolvimento dos processos de denúncia; B. Acessíveis: ser conhecidos por todos os grupos interessados aos quais estão destinados e prestar a devida assistência aos que possam ter especiais dificuldades para acessá-los; C. Previsíveis: dispor de um procedimento claro e conhecido, com um prazo

A função do mecanismo de denúncia somente pode ser bem desempenhada se as partes possivelmente envolvidas no conflito (demandante e demandado) conhecem, confiam e tem capacidade para utilizá-lo. Dessa forma, para gerar a confiança, é necessário que não haja interferência de nenhuma das partes no procedimento, de modo a trazer benefícios parciais; deve ser informada publicamente a forma como o procedimento é oferecido; os prazos devem ser respeitados, com possibilidade de flexibilização para situações necessárias; acesso às informações para as partes e aos especialistas, úteis para o deslinde do caso, especialmente para os grupos afetados, que costumam estar em posição de desequilíbrio em relação às empresas; comunicação periódica, atuação com transparência; respeito aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos em qualquer caso que possa ter consequências para os direitos humanos, ainda que não seja a pauta principal do processo; quando necessária uma resolução de conflito, que seja tomada por terceiro imparcial, válido e independente.⁵⁸

Insta salientar que os mecanismos de denúncia, sejam judiciais ou extrajudiciais, devem ser utilizados somente quando adequados para a resolução do conflito. A disponibilidade de soluções alternativas à jurisdição estatal, unicamente, não é hipótese suficiente de garantia de acesso à justiça, embora possa ser considerado um contributo. É certo que há situações em que é incabível a utilização de negociação para obter justa e efetiva reparação por danos causados, assim como não há possibilidade de estabelecimento de um acordo.

Apesar do conteúdo das orientações constantes nos Princípios Orientadores da ONU ser de necessária observância para reger as relações entre Empresas e Direitos Humanos, essa mera disposição é, na prática, ainda, insuficiente. O marco Ruggie, conquanto tenha pretendido contribuir, deixou as relações entre ETNs e Direitos Humanos num limbo jurídico pela

indicativo de cada etapa, e esclarecer os possíveis processos e resultados disponíveis, assim como os meios para supervisionar a implementação; D. Equitativos: assegurar que as vítimas tenham um acesso razoável às fontes de informação, ao assessoramento e aos conhecimentos especializados necessários para iniciar um processo de denúncia em condições de igualdade, com plena informação e respeito; E. Transparentes: manter informadas as partes num processo de denúncia de sua evolução, e oferecer suficiente informação sobre o desempenho do mecanismo, com vistas a fomentar a confiança em sua eficácia e salvaguardar o interesse público que esteja em jogo; F. Compatíveis com os direitos: assegurar que os resultados e as reparações sejam conforme aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos; G. Uma fonte de aprendizagem contínua: adotar as medidas pertinentes para identificar experiências a fim de melhorar o mecanismo e prevenir denúncias e danos no futuro; Os mecanismos de nível operacional também deveriam: H. Basear-se na participação e no diálogo: consultar os grupos interessados, para os quais esses mecanismos estão destinados, sobre sua concepção e seu desempenho, com especial atenção ao diálogo como meio para abordar e resolver as denúncias.” (UNITED NATIONS. *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. New York, 2011. pp. 23-24. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 08 set. 2020).

⁵⁸ UNITED NATIONS. *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. New York, 2011. pp. 34-35. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 08 set. 2020

convivência com os interesses empresariais – especialmente quanto à oferta de mecanismos de responsabilização e reparação de danos.

As disputas que envolvem ETNs e questões de direitos humanos geralmente ocorrem em regiões com sistemas de justiça disfuncionais, corruptos, política e economicamente influenciáveis.

Sob esse viés, com a intenção de contribuir para a garantia de acesso à justiça prevista nos Princípios Orientadores da ONU e em demais provisões internacionais referentes às empresas e aos direitos humanos, a Academia de Haia, com sua histórica tradição de contributos para o direito internacional, oferece, em 2019, um instrumento procedimental que serve para regular arbitragens cujo objeto envolva questões de direitos humanos, que pretende ser uma alternativa privada viável para a solução de casos de reparação pelos danos ocasionados.

Por ser um clássico mecanismo de solução de conflitos do Comércio Internacional, a Arbitragem apresenta vasta aplicabilidade para soluções de conflitos transnacionais. Essa adequação merece ser analisada, entretanto, para as questões que envolvem Direitos Humanos. Os próximos capítulos deste trabalho analisarão a possível adequação, sob a perspectiva das vítimas, desse que pretende ser um contributo para solução de disputas envolvendo direitos humanos em arbitragem.

2 ARBITRAGEM COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A arbitragem é um método clássico de solução de conflitos no sistema internacional, considerado o meio mais antigo pelo qual é possível resolver disputas de forma pacífica e consensual, cuja finalidade é produzir uma decisão com fundamento num sistema legal, que supera vontades individuais e resulta no cumprimento obrigatório pelas partes. Serge Lazareff, que conquistou experiência reconhecida na prática da arbitragem internacional moderna, descreveu a arbitragem fazendo alusão à peça teatral grega como “um sistema de justiça, nascido dos comerciantes, que reúne a lei e o respeito à prática comercial e sabe conciliar a abordagem de Antígona com Creonte”⁵⁹⁶⁰

No início, a prática da arbitragem foi apontada para o uso de questões atinentes ao comércio, quando era usada principalmente por comerciantes. Tem-se notícia de que o método se resumia a dois comerciantes em disputa acerca do preço ou qualidade de produtos comercializados, que entregavam a disputa a um terceiro imparcial que possuía a confiança de ambas as partes para decidir o quanto valia, à cuja decisão os comerciantes se submetiam. A submissão ao que era decidido se daria porque era o esperado da vida em comunidade, independentemente de qualquer sanção. Na sua origem, as características do mecanismo eram a simplicidade, a informalidade e a natureza essencialmente privada.⁶¹

O instituto foi desenvolvido ao passo que também o foram os sistemas legais das comunidades, e se mostrou muito útil e importante, tanto que foi utilizado também por Estados modernos em situações nas quais a diplomacia não se mostrou suficiente para pacificar uma disputa.⁶²

⁵⁹ LAZAREFF, Sarge. L'arbitrage singe ou comment assassiner l'arbitrage. *Global Reflections in International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*. ICC, 2005. p. 478.

⁶⁰ “(...) a peça de Sófocles, *Antígona* (421 a.C., parte da chamada Trilogia Tebana), retrata Antígona, a protagonista, e sua luta para enterrar seu irmão Polinice, mesmo contra ordem do tirano da cidade, Creonte, que havia promulgado uma lei proibindo que aqueles que atentassem contra a lei da cidade fossem enterrados. Para Antígona, *não se pode cumprir as leis humanas que se chocarem com as leis divinas*. O confronto de visões entre Antígona e Creonte é um dos pontos altos da peça.” (RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 37).

⁶¹ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. p. 4.

⁶² “Basically the techniques of conflict management fall into two categories: diplomatic procedures and adjudication. The former involves an attempt to resolve differences either by the contending parties themselves or with the aid of other entities by the use of the discussion and fact-finding methods. Adjudication procedures involve the determination by a disinterested third party of the legal and factual issues involved, either by arbitration or by the decision of judicial organs.” (SHAW, Malcolm. *International Law*. 8. ed. Cambridge University Press: United Kingdom, 2017. p. 764.)

A arbitragem possui características próprias que a setoriza como método alternativo de solução de conflitos e a diferencia de outros métodos, tal como do tradicional processo jurisdicional estatal, da mediação, da conciliação, dentre outros.

Seu principal fundamento é a autonomia da vontade das partes, de onde é originada a escolha por submeter o conflito a este meio, e também é o que condiciona o modo como o processo será desenvolvido, isto é: a escolha da lei aplicável, o idioma escolhido, a sede da arbitragem, o(s) árbitro(s) com competência para julgar o caso etc.

Portanto, mostra-se necessário algum grau de negociação prévia entre as partes, que estabeleça o processo de solução do caso concreto, tudo isso com fundamento em determinado sistema legal — internacional, nacional, transnacional (híbrido) ou até *sui generis*.

A regulamentação da arbitragem se deu primariamente em âmbito nacional, na ordem interna dos Estados, mas não se resumiu a isso. Pelo grande uso do instituto nas relações internacionais, os principais documentos surgidos para sua regulamentação em âmbito internacional foram: (i) o Protocolo de Genebra sobre convenções arbitrais (1923)⁶³, que previa, principalmente, que os Estados signatários deveriam reconhecer a validade de cláusulas compromissórias ou compromissos arbitrais celebrados entre partes, respeitando a jurisdição de qualquer outro Estado signatário escolhido pelas partes, em controvérsias relativas à questões comerciais ou à qualquer outra matéria que pudesse se sujeitar à arbitragem; (ii) a Convenção de Genebra para execução de sentenças arbitrais estrangeiras (1927)⁶⁴, que buscava dar força executiva às sentenças provenientes de arbitragens firmadas em decorrência de convenção arbitral a que se referia o protocolo anterior, de 1923, uma vez presentes os requisitos estabelecidos no documento; (iii) a Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentença Arbitral Estrangeira, conhecida como Convenção de Nova York (1958)⁶⁵, referente ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, que trouxe inovações em relação aquelas previstas na Convenção de Genebra de 1927; (iv) a Convenção para Resolução de Disputas de Investimento entre Estados e nacionais de outros Estados do do Centro

⁶³ LEAGUE OF NATIONS. *Protocol on arbitration clauses*. Geneva, 1923. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=549&chapter=30&clang=_en. Acesso em: 13 jan. 2021.

⁶⁴ LEAGUE OF NATIONS. *Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards*. Geneva, 1927. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=549&chapter=30&clang=_en. Acesso em: 13 jan. 2021.

⁶⁵ UNITED NATIONS. *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*. New York, 1958. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028002a36b>. Acesso em: 13 jan. 2021.

Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (1965)⁶⁶, que adota regras de procedimento para conciliação e arbitragem e para a administração e financiamento do Centro.; (v) As Regras para Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, adotadas em 1976⁶⁷ e revisadas em 2010⁶⁸ (*UNCITRAL Rules*), que comungam uma série de regras procedimentais sobre arbitragem e serve de modelo para a elaboração de diversas leis e regulamentos até hoje produzidos, tal como a lei de arbitragem do Brasil e as Regras de Haia para Arbitragem entre Empresas e Direitos Humanos; (vi) a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem e Comércio Internacional, adotada em 1985⁶⁹ e revisada em 2006⁷⁰, que inclui modernas regras de conduta para todo o procedimento arbitral, especialmente para arbitragem internacional comercial, desde a assinatura da convenção ao reconhecimento da sentença.

A partir de 2019, com o lançamento das Regras de Haia para Arbitragem de Direitos Humanos e Empresas, pretendeu-se atingir um marco na proteção de direitos humanos e soluções de conflitos.

Antes de apresentar e examinar as novas Regras de Haia para a Solução de Conflitos entre Empresas Transnacionais e vítimas de violações de Direitos Humanos, parece oportuno fazer uma análise das já existentes estruturas e modalidades de arbitragem internacional. O mérito desse exercício analítico não reside somente numa melhor compreensão e contextualização do novo instrumento, mas também na possibilidade de caracterizá-lo e classificá-lo com maior grau conceitual, além de avaliá-lo, embora abstratamente, à luz das experiências feitas com a arbitragem internacional.

2.1 ARBITRAGEM INTERESTATAL

⁶⁶ UNITED NATIONS. *International Centre for Settlement of Investment Disputes Convention*. Washington DC, 1965. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2021.

⁶⁷ UNITED NATIONS. *United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules*. New York, 1976. Disponível em: <https://www.jus.uio.no/lm/un.arbitration.rules.1976/>. Acesso em: 13 jan. 2021.

⁶⁸ UNITED NATIONS. *United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules*. New York, 2010. Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2021.

⁶⁹ UNITED NATIONS. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*. New York, 1985. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671_ebook.pdf. Acesso em: 13 jan. 2021.

⁷⁰ UNITED NATIONS. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006*. New York, 2006. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf. Acesso em: 13 jan. 2021.

A arbitragem interestatal é a modalidade de arbitragem na qual as partes envolvidas são apenas Estados. É possível classificar a arbitragem interestatal como essencialmente internacional, uma vez que o território de um Estado sempre será território estrangeiro para o outro. Pela própria natureza dos conflitos entre Estados (políticos, econômicos, ambientais, etc.), seria pouco provável o interesse na solução do conflitos pelas cortes nacionais de um dos Estados.

Além disso, a considerar as partes envolvidas no processo (isto é, apenas Estados), em tese, trata-se de um procedimento em que os litigantes se encontram em situação de igualdade, por se tratarem de Estados soberanos em situação de horizontalidade (teoricamente, com igualdade das partes).

A arbitragem interestatal possibilita a resolução de litígios quando os meios de negociação diplomáticos não são suficientes para obter resultado satisfatório. Cláusulas de arbitragem podem ser inseridas em acordos de paz, convenções internacionais, de modo a submeter a este mecanismo de solução de conflitos as demandas oriundas daquele instrumento; ou, os Estados podem optar por submeter o conflito à arbitragem somente após o surgimento do litígio.

2.1.1 Termo e evolução histórica

A Convenção de Haia de 1907 previu e delineou a regulamentação da arbitragem internacional entre Estados (Título IV – Da Arbitragem Internacional). O Art. 37 desta Convenção dispõe que “A arbitragem internacional tem por objeto a solução de litígios entre Estados, por juízes de sua escolha, sob a base do respeito do direito.”⁷¹ Por isso, considera-se a arbitragem interestatal como aquela cujas partes são apenas Estados.

Foi a partir da Primeira Conferência Internacional de Haia, de 1899, e da Segunda Conferência Internacional de Haia, de 1907, que nasceram as suas respectivas Convenções. O objetivo das Conferências era buscar meios de alcançar através da diplomacia o ideário da paz e da resolução de conflitos entre Estados de forma pacífica, como alternativa à Guerra.

A arbitragem, que já havia sido utilizada para solucionar conflitos entre Estados anteriormente, foi vista como um método adequado que poderia contribuir para as pretensões

⁷¹ CONVENTION FOR THE PACIFIC SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES. The Hague, 1907. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5632420/mod_resource/content/1/Conven%C3%A7%C3%A3o%20da%20Haia%2C%201907.pdf. Acesso em: 08 ago. 2021.

de pacificação social nas relações internacionais entre Estados, e por isso, foi inserida nas Convenções de Haia de 1899 e de 1907. Não há como precisar o momento exato do surgimento da primeira arbitragem, a sua própria ideia se identifica em qualquer tempo.

Um dos primeiros grandes usos da arbitragem por Estados na diplomacia moderna se deu no chamado “*Jay Treaty, 1794*”⁷² firmado entre a Grã-Bretanha e os Estados Unidos após a Guerra de Independência dos Estados Unidos da América. Este tratado previu comissões para resolução de questões relacionadas às disputas por fronteiras e também aos pedidos de indenização para os nacionais dos Estados.⁷³ As comissões para julgamento eram compostas por representantes nacionais de ambos os Estados, os árbitros. Foi a representação de um novo começo para o desenvolvimento da arbitragem internacional da forma como a conhecemos hoje.⁷⁴

O caso *Alabama*, de 1872⁷⁵, submetido a um Tribunal Arbitral sediado em Genebra, introduziu a arbitragem definitivamente como meio de pacificação de conflitos nas relações diplomáticas. Esse caso foi emblemático, pois serviu como precedente para inúmeros outros, instituiu a arbitragem da forma como é hoje praticada, e abriu caminho para a Convenção de Haia de 1899, que criou a Corte Permanente de Arbitragem – a qual será objeto de seção adiante.

⁷² AMITY, Commerce and Navigation (Jay Treaty). 1794. Disponível em: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/b-gb-ust000012-0013.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2021.

⁷³ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. pp. 55-56.

⁷⁴ Há quem sustente opinião contrária, por não considerar existente o início da verdadeira arbitragem. Este foi o posicionamento de José Dalmo: “GEORGE A. FINCH assinala a importância histórica do “Tratado Jay”, considerando-o o início da era moderna do arbitramento (“*The Source of modern international law*”, pg. 91). Observação duvidosa, por certo. Refere-se ao “Tratado de Amizade, Comércio e Navegação”, assinado entre os Estados Unidos e a Grã-Bretanha, aos 19 de Novembro de 1794. Buscava-se pôr fim, *de jure*, à Guerra de Independência. De consagrar, ante a ex-Metrópole, o aparecimento dos Estados Unidos da América, qual Potência soberana. E, ao mesmo tempo, liquidar certas controvérsias de fronteiras, bem como conceder aos “yankees” determinadas facilidades no comércio com as Antilhas Inglesas. Bem assim, limitar-lhe o direito de exportar açúcar, café, algodão, chocolate e melado para os portos europeus. Lord Greenville assinou-o pelo Reino Unido. John Jay firmou-o na investidura de Enviado Plenipotenciário do governo de Washington. Ora, por duas vezes, esse convênio prevê a instalação de “comissões”, para resolver os litígios pendentes. A primeira, traçaria a linha fronteiriça entre os dois Estados signatários; a outra, incumbir-se-ia de examinar e compor as indenizações, decorrentes do abuso do direito de apresamento. E traçaria o plano para o pagamento das dívidas americanas à Grã-Bretanha. É discutível que tal processo contivesse o germe da verdadeira arbitragem. As comissões mistas assemelhar-se-iam, no primeiro caso, a simples órgãos coletivos de demarcação de fronteiras. E, no segundo, processariam a consultas e julgados, sem a interferência, no entanto, de árbitros estrangeiros, estranhos aos interesses em conflito.” (MATTOS, José Dalmo Fairbanks Belfort de. *A cláusula de arbitramento compulsório de litígios, nos tratados interamericanos*. 1954. Tese apresentada à VIII Conferência Interamericana de Advogados. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:SYRCe-Xf5o0J:https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/6231/4447+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 09 fev. 2021.)

⁷⁵ ALABAMA claims of the United States of America against Great Britain. 1872. Disponível em: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf. Acesso em: 08 fev. 2021.

O caso é oriundo da convenção firmada no Artigo I do Tratado de Washington, de 1871, também pelos Estados Unidos da América e pela Grã-Bretanha.

“*Alabama Claims*”, como foram genericamente denominadas, eram reivindicações de danos sofridos pelos EUA em decorrência da alegada quebra de neutralidade britânica, que não impediu que embarcações construídas nos “jardins britânicos” adentrassem na Guerra Civil Americana ao lado dos Estados Confederados (também conhecidos como estados do Sul), e realizassem ataques a navios mercantes da União (também conhecida como estados do Norte).⁷⁶ A principal dentre estas embarcações foi o CSS Alabama, razão pela qual denominou genericamente as reivindicações do caso.

A disputa foi decidida em favor dos EUA, por um tribunal composto por 5 (cinco) árbitros: (i) um nomeado pelo Presidente dos EUA, que foi Charles Francis Adams; (ii) um nomeado pela Majestade Britânica, que foi Sir Alexander Cockburn; (iii) um nomeado pelo Rei da Itália, que foi Federico Scopolis; (iv) um nomeado pelo Presidente da Confederação Suíça, que foi Jakob Stämpfli; (v) um nomeado pelo Imperador do Brasil, que foi o brasileiro Marcos Antônio de Araújo, Barão de Itajubá.⁷⁷ Essa foi uma nova forma de instituição de tribunal, que mesclou árbitros indicados pelas partes contratantes, EUA e Grã-Bretanha, com “representantes neutros” da Itália, da Suíça e do Brasil⁷⁸.

A sentença oriunda do caso Alabama foi importante para difundir a ideia de justiça arbitral mundialmente: lisura do procedimento, árbitros neutros e independentes, cumprimento da sentença – ainda que desfavorável a uma das nações que tinha um representante nacional

⁷⁶ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. p. 56.

⁷⁷ ALABAMA claims of the United States of America against Great Britain. 1872. Disponível em: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf. Acesso em: 08 fev. 2021.

⁷⁸ “O Brasil hoje é largamente reconhecido como sendo uma jurisdição favorável à arbitragem. Um país “*arbitration friendly*” no jargão internacional. É pacífico que o Brasil conhece e reconhece a existência de prática de arbitragem desde a época colonial, através das Ordenações Filipinas, um sistema legal promulgado pelo rei Felipe II durante o domínio da Espanha em Portugal, no ano de 1603, que definiu a arbitragem como um meio válido e eficaz de resolução de litígios. Desde então, várias leis do Império Português, bem como demais normas editadas pelo governo colonial brasileiro foram incorporadas a nosso ordenamento e permitiram o uso do procedimento arbitral como meio de resolução de litígios, afastando a jurisdição dos tribunais nacionais e coloniais. Vale ressaltar que o Brasil, enquanto colônia, resultou de imensa exploração territorial e marítima advinda do Tratado de Tordesilhas de 1493, documento que ainda que não assim denominado de fato resultado de uma ‘arbitragem’ realizada pelo então Papa Alexandre VI, entre Portugal e Espanha, para resolver disputa sobre reclusos territoriais de ambas as nações; vale lembrar ainda que naquela contenda que foi reconhecida como um marco na relação pacífica entre Estados, buscando uma resolução harmônica e coadunada com a realidade hoje existente e desde então fixada como regra matriz das relações internacionais, o famoso “*Alabama Case*” de 1872, introduziu definitivamente e se valeu da arbitragem como forma de pacificação das relações diplomáticas, ao invés de uma declaração de guerra, e teve o brasileiro Barão D’Itajubá como um dos árbitros que compuseram seu painel.” (FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem no Brasil: evolução histórica. *Revista Internacional Consinter de Direito*, [S.L.], v. 10, n. 10, p. 427-444, 30 jun. 2020. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-vi-numero-x/capitulo-03-direito-privado/arbitragem-no-brasil-evolucao-historica/>. Acesso em: 09 fev. 2021.)

como árbitro.⁷⁹ Enfim, após esse caso, outros grandes conflitos internacionais foram solucionados por meio da arbitragem, o Instituto de Direito Internacional (do francês, *Institut de Droit International*) adotou um código de procedimento para a arbitragem, e, também foi aberto caminho para a criação da Corte Permanente de Arbitragem, na Conferência de Paz de Haia em 1899 e a sofisticação da prática do arbitramento no Direito Internacional Público e Privado.

A arbitragem foi vista como a forma de solução de conflitos internacionais mais pacífica existente – em oposição às guerras entre os Estados e em situações de falibilidade diplomática – e também como protagonista nas propostas de codificação do Direito Internacional que se intentaram produzir.⁸⁰ Era anseio de Epiácio Pessoa, jurista e político brasileiro, a arbitragem obrigatória para todas as questões que não fossem resolvidas por meio de negociações diretas ou outro meio pacífico, desde que não pusessem em causa os princípios constitucionais dos Estados.⁸¹ Conforme anotações no Projeto de Código de Direito Internacional Público, elaborado em 1910, este era um “glorioso ideal a que aspiram os pregoeiros da paz.”⁸² O Projeto

⁷⁹ MATTOS, José Dalmo Fairbanks Belfort de. *A cláusula de arbitramento compulsório de litígios, nos tratados interamericanos*. 1954. Tese apresentada à VIII Conferência Interamericana de Advogados. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:SYRCe-Xf5o0J:https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/6231/4447+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 09 fev. 2021.

⁸⁰ Dadas às preocupações de sua época (a Guerra de Secessão; as revoluções das nações sul-americanas; o clima propício para a deflagração do primeiro conflito de caráter mundial, na Europa), Epiácio Pessoa, jurista e ex-Presidente do Brasil, no Projeto de Código de Direito Internacional Público, elaborado em 1910, destacou a solução pacífica dos conflitos. (NORTHFLEET, Ellen Gracie. Prefácio. *In*: FRANCA, Marcílio; MIALHE, Jorge; JOB, Ulisses. Epiácio Pessoa e a Codificação do Direito Internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Ed., 2013). O Livro V do Projeto de Código de Direito Internacional Público é dedicado à solução pacífica dos conflitos internacionais, no qual consta o Capítulo III, dedicado à Arbitragem, que aponta: “Os Estados submeterão a arbitragem todas as controvérsias que não tenham podido resolver por negociações diretas ou outro meio pacífico, desde que não ponham em causa os seus princípios constitucionais.” (Art. 358) (PESSOA, Epiácio. Projeto de código de direito internacional público. Rio de Janeiro: Impr. Nacional, 1911. p. 153. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/323>. Acesso em: 13 Set. 2021.)

⁸¹ “É de notar mesmo que em alguns Estados, como o Brasil, a República Dominicana, o Equador, a Venezuela, essa preocupação tem ido ao ponto de incluir o princípio do arbitramento entre os preceitos do direito constitucional. Infelizmente, apesar de tantos esforços, longe estamos ainda desse glorioso ideal a que aspiram os pregoeiros da paz – a arbitragem obrigatória para todas as questões – já consagrada em algumas convenções isoladas, mas não adotada ainda nas deliberações coletivas do continente. (...) Em geral, porém, as convenções, ou sejam ajustadas entre dois Estados somente ou sejam o resultado de uma deliberação tomada em congresso, restringem a arbitragem às questões de ordem jurídica e destas mesmas excluem as que possam comprometer a honra, a independência ou os interesses vitais das partes litigantes, ou os interesses de um terceiro Estado. (...) Ora, todos estão de acordo em reconhecer que a fórmula – *questões que não comprometam a honra, a independência ou os interesses essenciais das partes contendoras* – é tão vaga e elástica que raro será o conflito que, à sombra delas, não possa escapar ao julgamento arbitral. Decidimo-nos, por isto, pela fórmula – *questões que não ponham em causa os princípios constitucionais dos Estados* – indubitavelmente mais precisa e menos suscetível de interpretações sofisticadas.” (PESSOA, Epiácio. Projeto de código de direito internacional público. Rio de Janeiro: Impr. Nacional, 1911. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/323>. Acesso em: 13 Set. 2021.)

⁸² PESSOA, Epiácio. Projeto de código de direito internacional público. Rio de Janeiro: Impr. Nacional, 1911. p. 153. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/323>. Acesso em: 13 Set. 2021.)

de Código não chegou a ser discutido em plenário, atualmente serve como trabalho doutrinário nas questões de Direito Internacional, mas demonstra o potencial da arbitragem e o estímulo de seu uso por juristas internacionalistas.

O Pacto da Sociedade das Nações ou Pacto da Liga das Nações, aprovado na Conferência de Paz de Paris (1919), estabelecida após a Primeira Guerra Mundial, com a pretensão de estabelecer condições para a paz mundial, previu também que a arbitragem seria um meio adequado para solucionar os conflitos surgidos entre os Estados (Art. 12 e 13).⁸³ A previsão da arbitragem se mostrou importante porque a pretensão do Pacto era evitar que os Estados utilizassem armas (conflitos armados) para resolverem suas disputas, com a instituição de um mecanismo adequado para solucionar estes conflitos.

Essa consideração sobre a arbitragem também foi seguida na Carta da ONU, no Art. 33(1), que, concomitante à proibição do uso da força, pontuou a arbitragem como uma das soluções pacíficas de controvérsias às quais os Estados signatários submeteriam suas demandas, dentre outros meios dispostos à escolha das partes.⁸⁴

A evolução da arbitragem entre Estados a manteve com protagonismo na seara da solução de conflitos internacionais, especialmente na época em que não havia uma Corte formal, como a Corte Internacional de Justiça, de modo que a criação e o funcionamento da

⁸³ Art. 12. Todos os membros da Sociedade convêm que, se entre eles houver um litígio que possa trazer rompimento, o submeterão ao processo de arbitragem ou ao exame do Conselho. Convêm mais que, em nenhum caso, deverão recorrer à guerra antes de expirar o prazo de três meses depois da sentença dos árbitros ou do parecer do Conselho. Em todos os casos previstos neste artigo a sentença dos árbitros deverá ser dada num prazo razoável e o parecer do Conselho deverá ser lido nos seis meses, a contar da data em que tiver tomado conhecimento da divergência.

Art. 13. Os membros da Sociedade acordam que, se houver entre eles um litígio suscetível, na sua opinião, de uma solução arbitral e se esse litígio não puder ser resolvido, de modo satisfatório, por via diplomática, será submetido integralmente à arbitragem.

Entre os geralmente suscetíveis de solução arbitral, declaram-se os litígios relativos à interpretação de um Tratado, a qualquer ponto de direito internacional, à realidade de qualquer fato que, se fosse determinado, constituiria rompimento de um compromisso internacional, ou a extensão ou natureza da reparação devida pelo mesmo rompimento.

O Tribunal de arbitragem ao qual a causa for submetida será o Tribunal designado pelas partes ou previsto nas suas Convenções anteriores.

Os Membros da Sociedade comprometem-se a executar de boa-fé as sentenças proferidas e a não recorrer à guerra contra todo Membro da Sociedade que com elas se conformar. Na falta de execução da sentença, o Conselho proporá as medidas que devam assegurar os seus efeitos. (PACTO DA SOCIEDADE DAS NAÇÕES. Versalhes, 1919. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Internacionais-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-1919-a-1945/pacto-da-sociedade-das-nacoes-1919.html>. Acesso em: 08 ago. 2021).

⁸⁴ Artigo 33 – 1. As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha. 2. O Conselho de Segurança convidará, quando julgar necessário, as referidas partes a resolver, por tais meios, suas controvérsias. (PACTO DA SOCIEDADE DAS NAÇÕES. Versalhes, 1919. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Internacionais-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-1919-a-1945/pacto-da-sociedade-das-nacoes-1919.html>. Acesso em: 08 ago. 2021).

Corte Permanente de Arbitragem, com sede em Haia (resultado das Conferências de Paz que ali se estabeleceram), foi um importante instrumento para o desenvolvimento do Direito e das Relações Internacionais modernas.

2.1.2 A Corte Permanente de Arbitragem: criação, composição e institucionalização

A Corte Permanente de Arbitragem (CPA) foi a primeira organização intergovernamental a oferecer espaço para a solução pacífica de diferenças entre Estados. Sua origem data do ano de 1899, a partir da Convenção para solução pacífica de conflitos internacionais⁸⁵, adotada na primeira sessão da Conferência Internacional da Paz de Haia. Os Países Baixos eram considerados um território neutro que poderia servir como sede para solução dos conflitos entre Estados, razão pela qual sediou a Conferência e foi o local de elaboração de diversas outras convenções internacionais.

A Conferência foi uma iniciativa do Czar Nicolas II, da Rússia, com o objetivo de buscar formas para garantir paz duradoura para todos os povos e, acima de tudo, limitar o progressivo desenvolvimento dos armamentos existentes. Com o avanço da industrialização e do comércio internacional, era uma preocupação a salvaguarda do comércio, da propriedade privada e dos investimentos.⁸⁶ Um dos objetivos da Conferência da Paz foi o estreitamento de mecanismos de solução de conflitos internacionais, especialmente a arbitragem, o que fundamenta a criação da Corte.⁸⁷

O artigo 20 da Convenção de Haia de 1899 estabeleceu formalmente a criação da Corte Permanente de Arbitragem, nestes exatos termos:

Com objetivo de facilitar o recurso imediato à arbitragem para diferenças internacionais que não tenham sido possível resolver através da diplomacia, as Partes signatárias se comprometem a organizar uma Corte Permanente de Arbitragem, acessível e em funcionamento a todo tempo, salvo estipulação em contrário pelas Partes, de acordo com as regras de procedimento inseridas na presente Convenção.⁸⁸

⁸⁵ CONVENTION FOR THE PACIFIC SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES. The Hague, 1899. Disponível em: <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/1899-Convention-for-the-Pacific-Settlement-of-International-Disputes.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2021.

⁸⁶ FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA. *Segunda Conferência da Paz*. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/interna.php?ID_S=298&ID_M=773. Acesso em: 03 mar. 2021.

⁸⁷ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *History*. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/about/introduction/history/>. Acesso em: 16 jan. 2021.

⁸⁸ CONVENTION FOR THE PACIFIC SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES. The Hague, 1899. Disponível em: <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/1899-Convention-for-the-Pacific-Settlement-of-International-Disputes.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2021.

Em 1907, na segunda Conferência da Paz de Haia, a convenção foi revisada.⁸⁹ Desde então, A Corte administra procedimentos que envolvem Estados, organizações intergovernamentais e partes privadas.

Apesar de ser denominada “Corte”, não é a denominação que representa sua essência, visto que não possui um corpo fixo de jurados pré-definidos para julgamento das causas (como é o caso da Corte Internacional de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, por exemplo).

A CPA é uma estrutura administrativa, um escritório, que, entre outros serviços, fornece uma lista de árbitros indicados pelos Estados-partes, que devem ser indivíduos de notável conhecimento em questões de direito internacional, da mais elevada reputação moral, dispostas a aceitar os deveres de um árbitro, que poderão ser escolhidos pelas partes contratantes. Portanto, se as partes escolhem a arbitragem, devem escolher os membros que compõem o painel do tribunal arbitral.⁹⁰

A sua estrutura é dividida em três partes: o Conselho Administrativo, que supervisiona suas políticas e orçamentos; os Membros do Tribunal, que são os árbitros independentes à disposição do julgamento dos casos; e o Secretariado, conhecido como Bureau Internacional, composto por uma equipe jurídica e administrativa experiente, que fornece suporte administrativo aos tribunais arbitrais e comissão, com serviços de administração financeira, apoio logístico e técnico para reuniões, audiências, apoio linguístico, chefiado pelo secretário-geral.⁹¹

A Corte tem sido usada, desde a sua criação até hoje, para administrar a solução de diversos casos, alguns deles, dentre inúmeros, foram: *Eritrea-Yemen arbitration*⁹²; *Eritrea-Ethiopia Boundary Commission*⁹³ and *Claims Commission*⁹⁴; *Larsen v. Hawaiian Kingdom*

⁸⁹ CONVENTION FOR THE PACIFIC SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES. The Hague, 1907. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5632420/mod_resource/content/1/Conven%C3%A7%C3%A3o%20da%20Haia%2C%201907.pdf. Acesso em: 08 ago. 2021.

⁹⁰ SHAW, Malcolm. *International Law*. 8. ed. Cambridge University Press: United Kingdom, 2017. p. 796. p. 796.

⁹¹ Cf. CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/about/>. Acesso em: 24 jun. 2021.

⁹² Cf. CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *Eritrea/Yemen - Sovereignty and Maritime Delimitation in the Red Sea*. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/cases/81/>. Acesso em: 13 mar. 2021.

⁹³ Cf. CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *Eritrea-Ethiopia Boundary Commission*. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/cases/99/>. Acesso em: 13 mar. 2021.

⁹⁴ Cf. CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *Eritrea-Ethiopia Claims Commission*. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/cases/71/#:~:text=The%20Claims%20Commission%20was%20established,Conventions%2C%20or%20other%20violations%20of>. Acesso em: 13 mar. 2021.

*arbitration*⁹⁵; *Mox Plant case (Ireland v. United Kingdom)*⁹⁶; *Saluka Investments v. Czech Republic*⁹⁷. Em março de 2021, a CPA administrava 160 processos em andamento.⁹⁸

Regras de Arbitragem da Corte Permanente de Arbitragem de 2012⁹⁹ é o nome dado ao documento que consolida várias outras regras procedimentais anteriores (Regras Opcionais para Arbitragem de Disputas entre Dois Estados, de 1992; Regras Opcionais para Arbitragem de Disputas entre Duas Partes das quais apenas uma é um Estados, de 1993; Regras Opcionais para Arbitragem entre Organizações Internacionais e Estados, de 1996; Regras Opcionais para Arbitragem entre Organizações Internacionais e Partes Privadas, de 1996).¹⁰⁰ As Regras são atualizadas à luz das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 2010 e possuem cláusulas-modelo que podem ser inseridas em tratados, contratos ou acordos para fornecer arbitragem como método de solução de disputas.

2.1.3 Direito aplicável

O direito aplicável à arbitragem pode ser escolhido pelas partes e pode haver diferenciação no direito aplicável ao procedimento (regras procedimentais) do direito aplicável à solução do mérito (direito material ou substancial).

Quanto ao mérito da disputa entre Estados resolvido por meio da arbitragem, o direito utilizado é sobretudo o direito internacional público. Conforme o Art. 38 da Corte Internacional de Justiça (CIJ) dispõe¹⁰¹, as controvérsias decididas de acordo com o direito internacional

⁹⁵ Cf. CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *Larsen v. Hawaiian*. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/cases/35/#:~:text=Hawaiian%20Kingdom&text=The%20Tribunal%20underlined%20the%20many,a%20matter%20of%20international%20law>. Acesso em: 13 mar. 2021.

⁹⁶ Cf. CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *Mox Plant case (Ireland v. United Kingdom)*. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/cases/100/>. Acesso em: 13 mar. 2021.

⁹⁷ Cf. CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *Saluka Investments v. Czech Republic*. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/cases/101/>. Acesso em: 13 mar. 2021.

⁹⁸ CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *Casos*. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/cases/>. Acesso em: 03 mar. 2021.

⁹⁹ CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *PCA Arbitration Rules 2012*. Disponível em: <https://docs.pca-cpa.org/2015/11/PCA-Arbitration-Rules-2012.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2021.

¹⁰⁰ “As Regras de Arbitragem da Corte Permanente de Arbitragem de 2012 foram desenvolvidas por um Comitê de Redação dos principais profissionais da arbitragem internacional, presidido pelo Professor Jan Paulsson. Os outros membros do Comitê de Redação foram a Sra. Lise Bosman, os Sr. Brooks W. Daly, o Sr. Alvaro Galindo, o Professor Alejandro Garro, HE Juiz Sir Christopher Greenwood, o Sr. Michael Hwang, a Professora Gabrielle Kaufmann Kohler, o Sr. Salim Moollan, Professor Michael Pryles AM, Juiz Seyed Jamal Seifi e Sr. Jernej Sekolec.” CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *PCA Arbitration Rules*. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/services/arbitration-services/pca-arbitration-rules-2012/>. Acesso em: 03 mar. 2021.

¹⁰¹ O tribunal arbitral (e qualquer outro tribunal que aplique o direito internacional) constituído para solucionar conflitos entre Estados deve utilizar como guia de aplicação e interpretação de normas o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) para a solução de disputas internacionais. Isso porque a CIJ é o órgão com função jurisdicional central da ONU e, portanto, possui papel importante na interpretação do direito internacional público.

devem aplicar: as convenções internacionais que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes, sejam estas gerais ou especiais; o costume internacional; os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados de diferentes nações como meio auxiliar para a interpretação das regras de direito.¹⁰²

Os Estados-partes podem escolher regras específicas ou princípios nos quais a decisão deve ser baseada – por exemplo, instrumentos de *soft law* sobre a matéria controvertida – ou, ainda, que seja fundada em equidade.¹⁰³

2.1.4 Execução das sentenças

A sentença produzida é exequível. A limitação aqui identificada é que o tribunal arbitral não possui competência para a execução da sentença proferida. Via de regra, a arbitragem interestatal não conta com mecanismo específico de execução das sentenças arbitrais, com exceção do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

Nas arbitragens interestatais, a maioria dos Estados respeita e cumpre as determinações da sentença arbitral, especialmente pelo envolvimento de sérias instituições internacionais nos processos, como a CPA, a CIJ e a ONU.¹⁰⁴

2.2 ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO

Arbitragem de investimento se refere ao procedimento de solução de controvérsias entre investidores e os Estados hospedeiros de seus investimentos. São arbitragens oriundas de

¹⁰² Art. 38 (1) *The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c. the general principles of law recognized by civilized nations; d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.* (UNITED NATIONS. *Statute of the International Court of Justice*. San Francisco, 1945. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/statute>. Acesso em: 13 Set. 2021.)

¹⁰³ “Agreements sometimes specify that the decisions should be reached in accordance with ‘law and equity’ and this means that the general principles of justice common to legal systems should be taken into account as well as the provisions of international law. Such general principles may also be considered where there are no specific rules covering the situation under discussion. The rules procedure of the tribunal are often specified in the compromise and decided by the parties by agreement as the process commences.” SHAW, Malcolm. *International Law*. 8. ed. Cambridge University Press: United Kingdom, 2017. p. 799.

¹⁰⁴ MILES, Wendy J.; MALLETT, Daisy. The Abyei Arbitration and the Use of Arbitration to Resolve Inter-state and Intra-state Conflicts. In: *Journal of International Dispute Settlement*. Vol. 1. Nº. 2 (2010). pp. 313–340. Disponível em: <https://academic.oup.com/jids/article-abstract/1/2/313/902972>. Acesso em: 11 ago. 2021.

tratados multilaterais ou bilaterais de investimento, portanto, tipicamente envolvem Estados soberanos e investidores estrangeiros.

O mérito dessas disputas costuma abarcar as questões que os tratados de investimentos pretendem regular ou proteger, tais como: proteção contra expropriação ou medidas equivalentes sem a devida compensação; direito a tratamento com justiça e equidade; direito à plena proteção e segurança; proteção contra tratamento arbitrário ou discriminador; tratamento como nacional e nação mais favorecida; direito à livre transferência de fundos e ativos; proteção contra violações de um estado de suas obrigações e compromissos.¹⁰⁵

2.2.1 Termo e evolução histórica

A Convenção de Haia de 1907, assinada na Segunda Conferência de Paz de Haia, pôs fim à diplomacia canhoneira (“*gunboat diplomacy*”), isto é, em sentido amplo, a ação militar, para ceder lugar à resolução de conflitos por meio da arbitragem¹⁰⁶ – ante a impossibilidade de resolução por meio de acordos ou negociações.

De acordo com essa Convenção, para a defesa do interesse do Estado ou de seus nacionais, um tribunal arbitral independente seria formado para resolver a questão. Dessa forma, um Estado poderia adjudicar uma questão contra outro Estado. Isto é, não havia a previsão de que o nacional de um Estado (pessoa física ou jurídica) cujos interesses restaram prejudicados pela ação de outro Estado pudesse adjudicá-los, o Estado ao qual pertencia poderia representar tal reclamação num procedimento horizontal com outro Estado, como decorrência da proteção diplomática (através do procedimento que, neste trabalho, foi tratado como arbitragem interestatal).¹⁰⁷

Esse procedimento restava insatisfatório sob a ótica dos indivíduos prejudicados, especialmente investidores de tratados bilaterais de investimento, pequenas e médias empresas, a resultar em poucas alternativas quando os Estados sopesavam os prós e contras de levantar uma reclamação contra outro Estado.¹⁰⁸

¹⁰⁵ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. p. 470.

¹⁰⁶ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. p. 442.

¹⁰⁷ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. p. 442.

¹⁰⁸ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. p. 443.

A insuficiência da dependência à proteção diplomática dos Estados e da inevitável politização das relações interestatais provocou uma reforma radical nos meios de solução de disputas de alguns tratados bilaterais de investimento¹⁰⁹, exposta na Convenção para Resolução de Disputas de Investimento entre Estados e nacionais de outros Estados do Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre Investimentos (1965).¹¹⁰ O Centro Internacional para Resolução de Disputas também possui a Regras de Arbitragem (*ICSID Arbitration Rules*).

Uma vez produzida a Convenção ICSID de 1965, os tratados puderam contar com cláusulas possibilitando o uso da arbitragem para resolução de disputas oriundas dos tratados entre Estados e investidores, a partir da inserção de uma cláusula estabelecendo o consentimento do Estado para arbitragens com os investidores cobertos por determinado tratado. Professor Brierley categorizou essa cláusula como “diagonal”, a partir da qual investidores (sujeitos de direito privado) poderiam reclamar diretamente a outro Estado através do tratado firmado. Esse direito de reclamação direta isentou os investidores das considerações políticas implicadas na proteção diplomática.¹¹¹

Em 1981, a Suíça inseriu uma cláusula diagonal de arbitragem no Tratado de Investimento Bilateral com o Sri Lanka¹¹² pela primeira vez. Entretanto, o primeiro caso de arbitragem iniciada por reclamação de um investidor sob a ordem de um tratado bilateral de investimento somente foi noticiado em 1990¹¹³, o *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, Final Awards, ICSID Case No. ARB/87/3, 11C 18 (1990)*.¹¹⁴

O uso crescente da arbitragem de investimento na década de 1980 em Tratados Bilaterais de Investimento provocou a inserção das cláusulas nos “capítulos de investimento” em tratados de cooperação econômica multilaterais, tais como: o Acordo Global de

¹⁰⁹ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. p. 443.

¹¹⁰ UNITED NATIONS. *International Centre for Settlement of Investment Disputes Convention*. Washington DC, 1965. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2021.

¹¹¹ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. p. 444.

¹¹² UNCTAD. *Sri-Lanka – Switzerland BIT (1981)*. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/2962/sri-lanka---switzerland-bit-1981->. Acesso em: 13 set. 2021.

¹¹³ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. p. 444.

¹¹⁴ ICSID. *ASIAN AGRICULTURAL PRODUCTS LTD. (AAPL) v. REPUBLIC OF SRI LANKA CASE No. ARB/87/3*. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/96>. Acesso em: 13 set. 2021.

Investimento da Associação das Nações do Sudeste Asiático e o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (*Nafta*).¹¹⁵

2.2.2 Direito aplicável

O tratado de investimento pode ou não apontar qual será o direito aplicável para resolver as questões submetidas à arbitragem a partir dele. Em qualquer caso, o tribunal arbitral deve considerar a aplicação do direito internacional. Isso porque o tratado de investimento é, em certa medida, um instrumento de direito internacional, o que invoca a aplicação do direito internacional em seus casos, por força da Convenção de Viena do Direito dos Tratados, de 1969, que estabelece que tratados são governados pelo direito internacional e devem ser interpretados consoante toda e qualquer regra de direito internacional aplicável.¹¹⁶

Certo é que não pode ser afastada a aplicação do direito internacional, apesar da possibilidade de aplicação conjunta do direito nacional e dos próprios termos do tratado.¹¹⁷

Acaso o tratado de investimento seja silente no tocante ao direito aplicável, o tribunal arbitral pode estabelecê-lo. A Convenção para Resolução de Disputas de Investimento entre Estados e nacionais de outros Estados do ICSID estabelece que, nessa hipótese, “o tribunal deve aplicar o direito do Estado Contratante para a disputa (inclusive as regras de conflito de leis) assim como as regras de direito internacional devem ser aplicáveis.”¹¹⁸

2.2.3 Arbitragem de Investimento e Direitos Humanos

¹¹⁵ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. p. 445.

¹¹⁶ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. p. 465.

¹¹⁷ “In this regard, in the *AAPL v. Sri Lanka* case, which was brought under the *Sri-Lanka United Kingdom BIT*, the tribunal held the *BIT* to be the ‘primary source of the applicable legal rules’, and added that the *BIT* was not a ‘closed legal system’, but had to be seen in the ‘wider juridical context’ of international law. This led the tribunal to apply general international law to complement the provisions of the *BIT*. Similarly, the annulment of the committee in the *Vivendi* case held that: In respect of a claim based upon a substantive provision of that *BIT*... the inquiry which the *ICSID* tribunal is required to undertake is one governed by the *ICSID* Convention, by the *BIT* and by applicable international law. Such an inquiry is neither in principle determined, not precluded, by any issue of municipal law...” (BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. p. 465).

¹¹⁸ Article 42 (1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable. (*ICSID Convention*. Washington DC, 1965. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations>. Acesso em: 13 set. 2021).

Arbitragem de Investimento comumente envolve questões de violações de direitos humanos. Isso porque se os Estados e investidores se obrigam, por meio de tratados, a obedecerem determinado padrão de direitos humanos, em caso de haver quebra desse padrão, essa pode ser uma violação das suas obrigações e dos seus compromissos. Vale dizer que, atualmente, é o modelo de arbitragem pelo qual mais se discutem questões de direitos humanos, ainda que haja críticas contundentes direcionadas ao tratamento de direitos humanos nas arbitragens de investimento.

Há três vias para que sejam discutidas questões de direitos humanos em arbitragem de investimento: (i) o Estado pode abrir reclamação contra o investidor por descumprimento de obrigações de direitos humanos; (ii) o Estado pode figurar no polo passivo da reclamação e levantar uma defesa de direitos humanos como resposta ao investidor; (iii) o Estado pode figurar no polo passivo da reclamação e elaborar uma reclamação contraposta contra o investidor por violação de obrigações de direitos humanos. Foi o que ocorreu no caso *Urbaser v. Argentina*.¹¹⁹

No caso *Urbaser vs. Argentina*, discutia-se a responsabilidade internacional da empresa investidora no contexto de direitos humanos e desenvolvimento sustentável. A *Urbaser* era acionista da *Aguas Del Gran Buenos Aires* (AGBA), empresa concessionária do serviço de água e esgoto com atuação na Argentina, que sofreu com prejuízos financeiros decorrentes das medidas emergenciais na crise financeira do país, a resultar na sua insolvência. A empresa investidora iniciou um procedimento arbitral contra a Argentina. A Argentina, por sua vez, apresentou reconvenção no procedimento na qual alegava que a omissão em realizar o investimento necessário nos serviços de abastecimento, da empresa concessionária dos serviços de água e esgoto, resultava em violações aos direitos humanos, notadamente no “direito à água.”¹²⁰

O tribunal desse caso foi o primeiro a considerar a jurisdição para julgamento de reconvenção baseada em direitos humanos, com fundamento em quatro razões principais: (i) o tribunal examinou a cláusula de solução de controvérsias do tratado bilateral de investimento Espanha-Argentina e concluiu não haver taxatividade quanto a quem poderia ser requerente ou requerido no procedimento, e também, que ambas as partes possuíam direito a apresentar uma reclamação, de modo a admitir a reconvenção; (ii) o tribunal rejeitou os argumentos dos

¹¹⁹ ICSID. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/07/26). Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

¹²⁰ URBASER S.A. AND CONSORCIO DE AGUAS BILBAO BIZKAIA, BILBAO BISKAIA UR PARTZUERGOA V. THE ARGENTINE REPUBLIC, ICSID CASE No. ARB/07/26. Disponível em: <https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/18/urbaser-v-argentina/>. Acesso em: 13 set. 2021.

reclamantes de que não teriam consentido com a possibilidade de reconvenção, pelos argumentos anteriormente delineados; (iii) o tribunal concluiu, ainda, que a reconvenção foi apresentada a tempo; e que (iv) havia conexão direta entre a reclamação dos demandantes sob o tratado bilateral de investimento e a reconvenção.¹²¹

Ao fim, o tribunal arbitral entendeu que a principal responsabilidade quanto ao direito fundamental à água cabia ao Estado, que deveria exercer sua autoridade sobre a empresa concessionária do serviço, de forma a garantir e preservar o direito da população à água e ao saneamento.¹²²

O que se percebe nos casos de discussão acerca de direitos humanos nas arbitragens oriundas de tratados de investimento é que as vítimas de violações de direitos humanos por atividades empresariais são negligenciadas, uma vez que não atuam como partes nos procedimentos de reclamações, a restarem dependentes tão somente da atuação do Estado.

2.2.4 Execução das sentenças

Um dos aspectos diferenciais da arbitragem de investimento é a obrigação de impor a execução da sentença arbitral. A Convenção ICSID aponta que, a menos que a sentença arbitral seja revisada ou anulada, conforme procedimento interno do ICSID, cada Estado contratante deve reconhecer a sentença prolatada pelo ICSID como julgamento final de suas próprias cortes nacionais.¹²³ A execução da sentença deve observar as regras de execução de decisões em vigor no Estado em cujo território a sentença pretende ser executada.¹²⁴

¹²¹ URBASER S.A. AND CONSORCIO DE AGUAS BILBAO BIZKAIA, BILBAO BISKAIJA UR PARTZUERGOA V. THE ARGENTINE REPUBLIC, ICSID CASE No. ARB/07/26. Disponível em: <https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/18/urbaser-v-argentina/>. Acesso em: 13 set. 2021.

¹²² URBASER S.A. AND CONSORCIO DE AGUAS BILBAO BIZKAIA, BILBAO BISKAIJA UR PARTZUERGOA V. THE ARGENTINE REPUBLIC, ICSID CASE No. ARB/07/26. Disponível em: <https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/18/urbaser-v-argentina/>. Acesso em: 13 set. 2021.

¹²³ Article 53 (1) The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention.

(2) For the purposes of this Section, “award” shall include any decision interpreting, revising or annulling such award pursuant to Articles 50, 51 or 52.

Article 54 (1) Each Contracting State shall recognize and award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state (...) (ICSID. *ICSID Convention*. Washington DC, 1965. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations>. Acesso em: 13 set. 2021.)

¹²⁴ Article 54 (3) Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought. (ICSID. *ICSID Convention*. Washington DC, 1965. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations>. Acesso em: 13 set. 2021.)

2.3 ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

A arbitragem comercial internacional é a forma mais “genérica” de arbitragem e as partes envolvidas no procedimento são, em regra, sujeitos de direito privado (indivíduos, corporações, associações, etc.). A maior parte da produção normativa concernente à arbitragem é oriunda da prática e desenvolvimento da arbitragem comercial internacional.

O instituto possui protagonismo no comércio internacional, de modo que as câmaras que administram arbitragens, os árbitros e profissionais que atuam em arbitragens, de modo geral, estão acostumados na atuação em questões litigiosas de natureza privada, com disponibilidade de direitos.

Conforme já apontado, seu principal fundamento é a autonomia da vontade das partes, de onde é originada a escolha por submeter o conflito a este meio, e também é o que condiciona o modo como o processo será desenvolvido, isto é: a escolha da lei aplicável, o idioma escolhido, a sede da arbitragem, o(s) árbitro(s) com competência para julgar o caso etc.

Na arbitragem comercial internacional, comumente é verificada a presença de empresas transnacionais na composição de um dos seus polos – inclusive a solucionar conflitos oriundos de suas cadeias de contrato. Por isso, pelas suas características gerais e pelo escopo legal do instrumento, é útil a análise para o desenvolvimento deste trabalho.

2.3.1 Direito aplicável

Em que pese a arbitragem ser um procedimento flexível, construído em decorrência da autonomia da vontade das partes, a arbitragem não opera num vácuo legal.¹²⁵ A arbitragem é regulada, primeiramente, pelas regras procedimentais que as partes acordaram ou adotaram, pela legislação processual do local da arbitragem e pelo direito a fundamentar a solução do mérito, que pode ser escolhido pelas partes ou determinado pelo tribunal arbitral como a mais adequada: a incluir, o direito internacional, o direito nacional de um Estado, direito transnacional (híbrido), instrumentos de *soft law*, *lex mercatoria*, etc.

2.3.2 Execução das sentenças

¹²⁵ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. p. 156.

A sentença arbitral oriunda da arbitragem comercial internacional, para a produção de seus efeitos, exige o reconhecimento e exequibilidade pelas cortes dos Estados onde a decisão é invocada, isto é, dá-se na esfera doméstica.

O que permite que as sentenças possuam reconhecimento e exequibilidade em outros territórios, que não aquele no qual foi produzida, é o arranjo existente entre sistemas de justiça nacionais na ordem internacional. Isso é possível através de tratados e convenções internacionais firmados pelos Estados com este fim: reconhecer e executar as sentenças (das cortes estatais ou arbitrais) provenientes de Estados signatários. A mais importante convenção para esta ação é a Convenção de Nova York¹²⁶ sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, firmada em 1958.¹²⁷

Este documento considera como “sentença estrangeira” aquela produzida em território distinto de onde se pretende o reconhecimento ou quando não são consideradas “sentenças domésticas” de acordo com as leis daquele país.¹²⁸ Perante essa situação, faz-se necessário reconhecimento por um Estado – em decorrência de sua soberania – para que a sentença ali produza seus efeitos.

Toda sentença arbitral é produzida em algum Estado, isto é, ainda que o caso contenha elementos de internacionalidade, é concretamente impossível considerar que não foi produzida em determinada localidade. Portanto, a sentença arbitral possui nacionalidade, tal como as sentenças produzidas pelas cortes estatais.

A Convenção de Nova York, como é sucintamente chamada, foi produzida em decorrência da insatisfação geral com o Protocolo de Genebra sobre Convenções Arbitrais (1923) e com a Convenção de Genebra para Execução de Sentenças Estrangeiras (1927), que eram os instrumentos internacionais que dispunham sobre a matéria. É resultado de um projeto iniciado pela Câmara Internacional do Comércio e sequenciado pelo Comitê para o Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (*United Nations Economic and Social Council – “ECOSOC”*), que foi discutido

¹²⁶ CONVENÇÃO DE NOVA YORK. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/english>. Acesso em: 11 abr. 2021.

¹²⁷ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. pp. 26-27.

¹²⁸ “Article 1 (1). *This convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, and arising out of differences between persons, whether physical or legal. It shall also apply to arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought.*” CONVENÇÃO DE NOVA YORK. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/english>. Acesso em: 11 abr. 2021.

durante a Conferência de 1958, na sede da ONU, em Nova York, o que intitula a convenção ali firmada.¹²⁹

A partir desta Convenção, Estados assumem o compromisso de reconhecer e, em alguns casos, exigir o cumprimento da decisão proferida em território estrangeiro que seja também um signatário, cujo conteúdo seja matéria afeta ao comércio [Art. I (3)].¹³⁰ O que é considerado como “sentença estrangeira”, portanto, é o fato de a sentença ter sido proferida em local outro que não aquele onde se pleiteia o reconhecimento, e que não seja considerada como “sentença doméstica” para o local de reconhecimento.

O acordo permite que os Estados façam duas reservas quando da ratificação, adesão ou sucessão: (i) para que a sentença seja reconhecida, é necessário que tenha sido produzida em território no qual haja sido também ratificada a Convenção de Nova York (é o requisito de reciprocidade) - esse não é um grande problema atualmente, visto que 168 Estados são signatários da Convenção e este número cresce a cada dia¹³¹; a segunda reserva diz respeito ao conteúdo, é preciso que o local onde se pretende o reconhecimento da sentença a reconheça como atinente à matéria de comércio - esse talvez seja o ponto que tende a gerar mais controvérsia na aplicação da Convenção de Nova York porque os Estados podem divergir acerca do que é considerado conflito sobre comércio. O ponto é que cada Estado decide por si quais relações são consideradas “comerciais” para o propósito desta reserva na Convenção.¹³²

O ideal seria que a interpretação das disposições da Convenção de Nova York fosse sempre a mesma pelas cortes de quaisquer lugares, mas não é essa a realidade. Entretanto, algumas decisões ajudam na uniformização de entendimento (apesar de não vincularem outras cortes e nem as obrigarem a entender da mesma forma, podem servir como casos orientadores).¹³³

Há hipóteses de recusa pelo Estado invocado ao reconhecimento e execução da sentença estrangeira, nos termos da Convenção de Nova York (que são seguidas também na Lei Modelo

¹²⁹ HISTORY 1923-1958. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/travaux+preparatoires/history+1923+-+1958>. Acesso em: 21 mar. 2021.

¹³⁰ “Article I (3). *When signing, ratifying or acceding to this Convention, or notifying extension under article X hereof, any State may on the basis of reciprocity declare that it will apply the Convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another Contracting State. It may also declare that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the national law of the State making such declaration.*” CONVENÇÃO DE NOVA YORK. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/english>. Acesso em: 11 abr. 2021.

¹³¹ Dentre estes está o Brasil, que a ratificou em 2002.

¹³² BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. pp. 619-620.

¹³³ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. pp. 625-626.

da UNCITRAL, Arts. 35 e 36, e reproduzidas também em leis domésticas de arbitragem, como a LArb brasileira, por exemplo). As hipóteses são taxativas e estão previstas em seu Artigo V,¹³⁴ se suscitadas e provadas pela parte contra a qual a sentença foi invocada, nos casos de: (i) incapacidade das partes signatárias da convenção de arbitragem (seja cláusula compromissória ou convenção de arbitragem), nos termos da lei que lhes é aplicável, ou invalidade da convenção arbitral de acordo com a lei a que as partes se sujeitarem ou, no caso de omissão da lei aplicável, da lei do Estado no qual a sentença foi proferida; ou (ii) no caso de a parte contra a qual a sentença é invocada não ter sido devidamente notificada da nomeação do árbitro ou do procedimento arbitral, ou, ainda, quando não pôde exercer o contraditório; ou (iii) no caso em que a sentença dispuser sobre matéria que não foi objeto da convenção ou quando ultrapassar o seu escopo – nesse caso, se as partes da sentença puderem ser separadas, aproveitar-se-á para reconhecimento e execução aquela que está contemplada no escopo da convenção; ou (iv) no caso em que a composição do tribunal arbitral ou o procedimento arbitral não tiverem sido de acordo com a convenção firmada pelas partes, ou, na ausência desta, quando não estiverem sido de acordo com a lei do Estado que sediou a arbitragem; ou (v) no caso de a sentença arbitral não ser ainda obrigatória para as partes, foi anulada ou suspensa por autoridade competente do Estado no qual foi proferida ou segundo a lei a partir da qual a sentença foi proferida. Ainda, de ofício, as autoridades competentes de um Estado podem recusar o reconhecimento e execução de uma sentença estrangeira quando for constatado que: (i) de acordo com a lei daquele Estado, o objeto da sentença não pode ser submetido à arbitragem; (ii) o reconhecimento e a execução da sentença se mostrarem contrários à ordem pública daquele

¹³⁴ *Article V - 1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or (b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or (c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or (d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or (e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made. 2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: (a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.”* CONVENÇÃO DE NOVA YORK. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/english>. Acesso em: 11 abr. 2021.

país. Em qualquer caso, ainda que presentes e provadas estas hipóteses, as cortes não são obrigadas a recusar o seu reconhecimento ou execução, a provisão é permissiva, não é mandatória, e deve ser interpretada restritivamente. Subsiste, perante qualquer caso, a impossibilidade de revisão do mérito da sentença.¹³⁵

Vale apontar que as disposições da Convenção não afastam a validade de eventuais acordos multilaterais ou bilaterais celebrados pelos Estados signatários, que disponham sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, nem privam qualquer parte de qualquer direito que possa ter mediante uma sentença arbitral, na forma da lei ou dos tratados internacionais aplicáveis ao Estado no qual o reconhecimento for solicitado [Art. VII (1)].

A principal finalidade da Convenção de Nova York é a internacionalização do reconhecimento e exigibilidade de sentenças arbitrais produzidas em qualquer lugar, de modo a não obrigar as partes a estarem adstritas à jurisdição de origem.¹³⁶

2.3.3 Vantagens e Desvantagens da Arbitragem Comercial Internacional

Por que as partes optam pela submissão do seu conflito à arbitragem? A doutrina cita, inicialmente, dois como os principais fatores determinantes para esta escolha: a arbitragem oferece neutralidade e força executória.¹³⁷

A neutralidade é entendida como a possibilidade de escolha de um foro que não sejam as cortes estatais de qualquer dos Estados envolvidos na relação, portanto, neutro. É que as cortes nacionais de um Estado sempre serão cortes estrangeiras para o outro, em todos os sentidos possíveis (além do territorial): formalidades, idioma, regras procedimentais, juízes, advogados etc.¹³⁸ A arbitragem, por permitir que as partes escolham – com fundamento na autonomia da vontade – o local onde o processo ocorrerá, os árbitros que julgarão o caso e as formalidades às quais submeterão a apreciação, pode-se apresentar como alternativa independente e imparcial, que tende a ser predileta e mais adequada para solucionar o caso, especialmente em conflitos transnacionais.

¹³⁵ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. pp. 622-623.

¹³⁶ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. p. 648.

¹³⁷ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. p. 28.

¹³⁸ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. pp. 28-29.

A força executória, por sua vez, como um dos fatores determinantes para a escolha pela arbitragem (dentre o rol de opções de métodos alternativos à jurisdição estatal), é a possibilidade de execução da sentença produzida no processo arbitral internacionalmente. Se contemplados os requisitos exigidos pelas convenções internacionais e respeitado o procedimento adotado, a decisão é final – o que contribui para uma de suas características mais marcantes, a celeridade.

Além disso, a sentença produzida no processo de arbitragem é, por vezes, preferível às sentenças produzidas pelas cortes de um Estado, porque, uma vez que os tratados internacionais que regulamentam o exercício da arbitragem tem mais aceitação internacional que as cortes de determinado Estado, também ocorre com o processo de arbitragem – preferível aos tratados de reciprocidade das cortes estatais.¹³⁹

Além da neutralidade e da executoriedade, a arbitragem costuma ser considerada como um meio eficiente, pois apresenta como características gerais: a celeridade e a flexibilidade, o processo arbitral pode ser organizado de modo a atender as necessidades específicas de cada caso, inclusive a partir da habilidade técnica dos julgadores, que ocasionam agilidade; a confidencialidade, que é um poderoso atrativo para as grandes corporações, que permite manter a privacidade referente às práticas de competitividade comercial e mesmo questões sensíveis à opinião pública, que podem ser erosivas à imagem empresarial; a possibilidade de escolha de árbitros com capacidade técnica adequada para o julgamento da matéria, que favorece o julgamento materialmente adequado do caso e contribui para a celeridade do procedimento; assim como, podem-se estabelecer poderes adicionais aos árbitros, a depender das regras que regem o procedimento.¹⁴⁰

A arbitragem é um procedimento bem recomendado quando a situação requer especialidade técnica ou quando flexibilidade e celeridade são importantes para o deslinde da controvérsia.¹⁴¹

Apesar de suas boas vantagens, algumas considerações precisam ser feitas.

A arbitragem é um mecanismo de alto custo, porque todas as despesas do procedimento são suportadas pelas partes e, atualmente, esses custos são sofisticados (as câmaras administrativas possuem alto custo, há despesas com reuniões, audiências, peritos técnicos e, especialmente, os profissionais que trabalham no caso, árbitros e advogados arbitralistas, que

¹³⁹ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. p. 28.

¹⁴⁰ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. p. 30.

¹⁴¹ SHAW, Malcolm. *International Law*. 8. ed. Cambridge University Press: United Kingdom, 2017. p. 801.

em qualquer arbitragem de grande relevância, especialmente internacional, possuem um valor contraprestacional substancial que é suportado pelas partes contratantes).¹⁴²

É um meio essencialmente privado, pautado na autonomia da vontade, no qual somente podem ingressar aquelas pessoas que efetivamente estiverem consentido para submeterem-se à arbitragem, o que implica problemas relacionados a litisconsórcio, intervenção de terceiros, partes não signatárias etc.

Há crescente “judicialização” da arbitragem¹⁴³, isso significa tanto que a arbitragem tende a se parecer cada vez mais com os meios de litigância das cortes estatais, como também denota a intervenção e o controle exercidos por estas no procedimento arbitral (com o fito de atender às garantias processuais necessárias ao devido processo legal).¹⁴⁴

Há situações que importam na nulidade da sentença produzida pelas cortes estatais, assim como pode não haver o reconhecimento da sentença produzida, com fundamento na Convenção de Nova York sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

A opção pela arbitragem, com fundamento na neutralidade e independência dos árbitros, além das demais vantagens, pode ofuscar pretensa má-fé das partes envolvidas de fugir das cortes estatais, da jurisdição de determinado estado. É importante pontuar, ainda, o risco a que se submete o procedimento da prevalência do poderio econômico, a gerar desigualdade de armas entre os envolvidos.

¹⁴² BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. p. 36.

¹⁴³ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. p. BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015. p. 34.

¹⁴⁴ “Arbitration was supposed to be the solution for international companies seeking to resolve disputes without expensive and drawn-out court battles. But it is starting to look more like the problem... Arbitration on international commercial disputes has taken on many of the characteristics of litigation on US Courts. And this has upset many companies that rely on arbitration to resolve cross-border business disputes.” (SEINDBERG. *International Arbitration loses its grip: Are US lawyers to blame? ABA Journal*: 2010. p. 51.)

3 ARBITRAGEM E DIREITOS HUMANOS

Em outros tempos, falar sobre arbitragem e direitos humanos no âmbito jurídico significava falar sobre dois tópicos distintos e não associáveis. A arbitragem era considerada como prática atinente às empresas e aos Estados, enquanto os direitos humanos eram questões entre indivíduos e Estados.

Benedettelli (2015)¹⁴⁵ aponta que essa posição era sustentada por três premissas, as quais julga equivocadas: (i) a primeira é a de que direitos humanos deveriam tutelar apenas liberdades fundamentais consideradas essenciais para o bem-estar dos indivíduos e para o desenvolvimento da democracia, de modo que não deveria impactar em questões econômicas ou disputas comerciais, o que são os objetos tipicamente submetidos à arbitragem; (ii) a segunda é a de que direitos humanos serviriam para proteger os indivíduos de atos arbitrários praticados pelos Estados, de modo que os sujeitos privados resultariam fora do escopo; (iii) a terceira é a de que a arbitragem é uma questão puramente contratual, de modo que as Cartas de Direitos com limitações aos Estados, dispostas em constituições nacionais ou tratados internacionais, seriam irrelevantes para as partes em disputa, para o tribunal arbitral ou para as instituições administradoras de arbitragens.

Essas premissas, entretanto, não acompanham o estágio atual de desenvolvimento da doutrina dos direitos humanos, como já demonstrado neste trabalho no capítulo 1, e desconsidera a regulamentação observada pela arbitragem, que é considerada um equivalente jurisdicional.

Atualmente, o desenvolvimento da arbitragem e o reconhecimento do mecanismo como equivalente jurisdicional apto a solucionar diversos tipos de conflitos, somado ao desenvolvimento da proteção de direitos humanos, ao reconhecimento de direitos sociais, à consolidação da teoria horizontal dos direitos fundamentais, bem como às insuficiências dos sistemas jurídicos estatais nacionais para lidar com questões de direitos humanos, aproxima o debate entre os dois temas, seja direta ou indiretamente. Isso porque o desenvolvimento dos direitos humanos implica impactos nas formas de resolução de conflitos sob dois aspectos principais.

¹⁴⁵ BENEDETTELLI. Human rights as a litigation tool in international arbitration: reflecting on the ECHR experience. *Arbitration International*. V. 31, 4, 1/12/2015, pp. 631–659. Disponível em: <https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/31/4/631/2739052?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 11 abr. 2021.

O primeiro aspecto diz respeito à necessidade de observância de garantias individuais no âmbito do processo que busca pacificar um conflito – seja de forma consensual ou adjudicativa – decorrentes dos direitos humanos reconhecidos. Benedettelli (2015)¹⁴⁶, ao analisar os impactos dos direitos humanos como ferramentas no contencioso da arbitragem internacional, a partir dos parâmetros da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), aponta alguns aspectos que podem colocar os direitos fundamentais como chaves importantes nos parâmetros de legitimação da arbitragem e de sua regulamentação, como exemplos: na reflexão sobre a medida da possibilidade de sacrificar o direito ao acesso ao juiz natural das cortes estatais da jurisdição competente, seja por meio de leis, tratados, convenções, que contenham provisões obrigatórias de submissão à arbitragem ou através de acordos individuais livremente celebrados pelas partes em disputa; na aplicação de princípios através dos quais o devido processo legal é garantido nas cortes estatais aos procedimentos arbitrais, com as adaptações peculiares aos instrumentos que tem natureza de jurisdição privada; no conteúdo das leis domésticas de arbitragem, isto é, a implementação do instrumento deve oferecer provisões para anular ou não reconhecer a sentença arbitral quando os princípios de devido processo legal forem violados durante o procedimento ou quando a sentença conflita com outros direitos considerados fundamentais.

O segundo aspecto diz respeito à necessária adequação dos mecanismos de solução de conflitos, em particular, da arbitragem, para resolver a complexidade de situações oriundas da proteção de direitos humanos, da responsabilização por abusos cometidos e da devida reparação em casos de violações de direitos humanos, como mérito discutido no procedimento arbitral. Essa aproximação entre arbitragem e direitos humanos decorre da máxima do acesso à justiça atinente à matéria, que busca colocar à disposição das vítimas irrestritos meios de acesso à proteção de seus direitos.

Há, conseqüentemente, uma opinião crescente de que a matéria de direitos humanos (seja decorrente de tratados internacionais, de leis nacionais, contratos, instrumentos de *soft law*) impacta nas convenções de arbitragem, nos procedimentos de arbitragem e nas sentenças produzidas.¹⁴⁷ No mesmo sentido, cresce o discurso sobre a possibilidade de que a arbitragem

¹⁴⁶ BENEDETTELLI. Human rights as a litigation tool in international arbitration: reflecting on the ECHR experience. *Arbitration International*. V. 31, 4, 1/12/2015, pp. 631–659. Disponível em: <https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/31/4/631/2739052?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 11 abr. 2021.

¹⁴⁷ BENEDETTELLI. Human rights as a litigation tool in international arbitration: reflecting on the ECHR experience. *Arbitration International*. V. 31, 4, 1/12/2015, pp. 631–659. Disponível em: <https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/31/4/631/2739052?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 11 abr. 2021.

seja um meio preferível para a adjudicação de disputas relativas a direitos humanos.¹⁴⁸ Esse entendimento não é unânime, tendo em vista o desenvolvimento da regulamentação arbitral atrelada ao direito comercial.

Algumas das circunstâncias que podem ensejar a discussão de questões de direitos humanos por meio da arbitragem internacional são: as partes que submetem um litígio ao tribunal arbitral podem invocar uma questão de direitos humanos como justificativa para a quebra de um contrato ou do litígio em questão; os investidores podem citar a legislação de direitos humanos para estabelecer o tratamento que é esperado pelos Estados e os danos por eventual violação, assim como os Estados podem invocar o descumprimento da legislação de direitos humanos para justificar o tratamento dispensado aos investidores; as empresas podem preferir a arbitragem para evitar a demora na solução de uma demanda ou eventuais danos à imagem (por violações de direitos humanos, especialmente); as empresas podem exigir que os fornecedores insiram cláusulas de arbitragem como uma ferramenta para reparação por abusos de direitos humanos em sua cadeia de contratos, sem se expor por isso; e, para as vítimas, pode ser o único meio disponível para buscar reparação pelas violações suportadas.¹⁴⁹

Pela tradição de protagonismo do comércio internacional na arbitragem, consideram-se, atualmente, os regulamentos procedimentais clássicos adotados em arbitragens como carentes de adequação para a solução de conflitos que envolvem a proteção de direitos humanos, apesar de sua potencial efetividade para resolver conflitos internacionais. A adequação desses instrumentos deveria se dar de forma objetiva (relativa ao direito tutelado); de forma subjetiva (relativa às partes da relação jurídica); e de forma teleológica (relativa aos fins para os quais foram criadas).

No ano de 2017, em obra publicada sobre a temática Direitos Humanos, Empresas e Acesso à Justiça no âmbito da União Europeia (UE), um grupo de pesquisadores, ao estudar o potencial do mecanismo a partir da Corte Permanente de Arbitragem, fez a recomendação de que os Estados-membros da União Europeia ofertassem um mandato para que a Corte adotasse uma série de regras de arbitragem para regulamentar procedimentos cuja matéria fossem abusos de direitos humanos relativos à atuação empresarial. Nessas regras, deveriam ser contempladas

¹⁴⁸ BENEDETTELLI. Human rights as a litigation tool in international arbitration: reflecting on the ECHR experience. *Arbitration International*. V. 31, 4, 1/12/2015, pp. 631–659. Disponível em: <https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/31/4/631/2739052?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 11 abr. 2021.

¹⁴⁹ STANARO, Kathleen. *The Evolving Role of Human Rights in International Arbitration*. 2019. Disponível em: <http://aria.law.columbia.edu/the-evolving-role-of-human-rights-in-international-arbitration/>. Acesso em: 26 jun. 2021.

normas relativas a: transparência, participação de *amicus curiae*, reclamações coletivas, árbitros especializados, assistência financeira e supervisão da implementação da sentença produzida.

A principal temática que aproxima a discussão sobre arbitragem e direitos humanos é correlata à temática empresas e direitos humanos, especialmente empresas transnacionais, em razão da sua atuação para além das fronteiras estatais e os desafios jurisdicionais existentes. Direitos Humanos e Empresas, como já mencionado, é tópico em pauta no âmbito da Organização das Nações Unidas, da União Europeia (UE), da *International Bar Association* (IBA), dentre outras organizações, e, mais recentemente, na Academia de Haia, desenvolveu-se um estudo sobre Arbitragem para Empresas e Direitos Humanos, a resultar nas Regras de Haia de 2019, que são o objeto deste trabalho.

Um time de estudiosos com experiência em arbitragem internacional, arbitragem de investimentos, direitos humanos, cadeias de contratos e outras questões prepararam tais regras, após anos de investigação acerca do uso da arbitragem para solucionar disputas envolvendo empresas e questões de direitos humanos.¹⁵⁰

A cidade de Haia, localizada nos Países Baixos, possui um histórico relevante de contribuição para o Direito Internacional. Lá ocorreu a Primeira e a Segunda Conferências de Paz, em 1899 e 1907, respectivamente; lá está sediada a Corte Internacional de Justiça (CIJ), o Tribunal Penal Internacional (TPI) e a Corte Permanente de Arbitragem (CPA), que, dada à sua proximidade ao tema discutido, fora apresentada neste trabalho.

A tradição de Haia remonta, ainda, à primeira celebração da Conferência de Direito Internacional Privado, realizada 1893, por iniciativa de Tobias M. C. Asser. A Conferência, que continuou a ser realizada posteriormente, em 1955, tornou-se uma organização intergovernamental permanente de caráter global, com 88 Estados-membros representantes de todos os continentes.¹⁵¹ O escritório permanente da organização é sediado em Haia e a

¹⁵⁰ CRONSTEDT, Claes; EIJSBOUITS, Jan; MARGOLIS, Adrienne; SCHELTEMA, Martijn; THOMPSON, Robert C.; RATNER, Steven. *International Arbitration of Business and Human Rights: a step forward*. 2017. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/16/international-arbitration-business-human-rights-step-forward/>. Acesso em: 26 jun. 2021.

¹⁵¹ “A missão estatutária da Conferência consiste em trabalhar pela "unificação progressiva" dessas regras. Isso implica encontrar enfoques internacionalmente reconhecidos para questões como a competência internacional dos tribunais, o direito aplicável, o reconhecimento e a execução de sentenças em numerosas matérias, desde o direito comercial ao processo civil internacional, além da proteção de crianças e jovens, questões de direito matrimonial e estatuto pessoal. A Conferência, com o passar dos anos, no cumprimento de sua missão, se transformou num centro de cooperação jurídica internacional e de cooperação administrativa na área de direito privado, principalmente nas áreas da proteção à criança e à família, do processo civil e do direito comercial.” (HCCH. *Sobre a HCCH*. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/about>. Acesso em: 13 set. 2021.)

Conferência carrega o nome da cidade (Conferência de Direito Internacional Privado de Haia).¹⁵²

Não por acaso, a cidade é considerada o centro da justiça internacional e lá é sediada a prestigiada Academia de Direito Internacional de Haia (*The Hague Academy of International Law*).

Este capítulo observa os aspectos relevantes concernentes à arbitragem e aos direitos humanos, e, especificamente, em relações empresariais; aponta a contribuição de Haia para o desenvolvimento do direito internacional e do direito internacional dos direitos humanos e destaca os pontos mais relevantes da nova produção internacionalista, as Regras de Haia para Arbitragem envolvendo Empresas e Direitos Humanos, a pontuar a necessária análise crítica sob a perspectiva das vítimas de abusos. Tais observações devem servir como base para a análise da possibilidade de contribuição das Regras de Haia para a solução de conflitos envolvendo empresas transnacionais e direitos humanos, especialmente sob a ótica das vítimas.

3.1 AS REGRAS DE HAIA SOBRE ARBITRAGEM DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS (2019)

As Regras de Haia para Arbitragem de Direitos Humanos e Empresas são uma produção internacionalista cujo objetivo é contribuir para o preenchimento da lacuna do acesso à justiça para vítimas de violações de direitos humanos que pretendem reparação.

Lançadas em 12 de dezembro de 2019, o projeto foi liderado pelo ex-Juiz da CIJ, Bruno Simma. O documento é uma adaptação do modelo da *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) para as causas cujos conteúdos versem sobre direitos humanos. A adaptação foi produzida pelo *Center for International Legal Cooperation* (CILC), projeto para o desenvolvimento do Direito Internacional, sediado em Haia, local com rica tradição em estudos internacionais.

O projeto foi idealizado com uma grande promessa para ser usado como método de resolução de disputas de natureza privada, de forma subsidiária, para aqueles casos em que as cortes nacionais estejam inaptas para dar uma solução eficaz para o caso. Foram adaptados os tradicionais regulamentos de arbitragem para comércio, de modo a inserir alguns elementos específicos para aplicabilidade em disputas com questões de direitos humanos – questões como

¹⁵² HCCH. *Sobre a HCCH*. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/about>. Acesso em: 13 set. 2021.

legitimidade, acessibilidade, previsibilidade, igualdade das partes, equidade, transparência do procedimento.¹⁵³

Isso porque os regulamentos de procedimentos arbitrais tradicionais foram criados para atender ao escopo de questões de natureza essencialmente privada e especialmente comerciais, portanto, carecem de suficiência quanto ao que exige o trato dos direitos humanos e fundamentais.

A proposta é de que o instrumento esteja disponível como opção para solucionar conflitos onde as cortes nacionais são disfuncionais, corruptas, politicamente influenciáveis ou simplesmente insuficientemente qualificadas para tratar os casos. E não só, mas a servir também como alternativa onde as cortes nacionais funcionam bem, mas a arbitragem se demonstre também suficientemente adequada e mais interessante para as partes.¹⁵⁴

Primeiramente, o regramento para arbitragem envolvendo direitos humanos produzido pelo grupo de trabalho responsável pela elaboração das Regras de Haia pretende servir aos objetivos do marco Ruggie, especialmente como prestação de tutela jurisdicional de forma não estatal e não judicial, à disposição das vítimas com intento de reparação civil pelas violações sofridas, enquanto também oferece uma estratégia para as empresas de atingirem suas obrigações insculpidas no dever de respeitar.¹⁵⁵

Ao mesmo tempo, como a aplicabilidade do instrumento depende da ampla aceitação dos sujeitos possivelmente envolvidos no conflito, as Regras de Haia foram produzidas com o objetivo de atender aos principais anseios das empresas (no caso, de seus representantes), dos Estados e da sociedade civil (possivelmente, as vítimas).

Nesse âmbito, o instrumento foi construído para servir a diversos tipos de procedimentos: arbitragens cujas partes são apenas empresas (*business-to-business, B2B*); arbitragens entre vítimas de violações de direitos humanos e empresas (*victims to business, V2P*); arbitragens que invocam terceiros interessados, além de buscar servir para situações específicas relacionadas a direitos humanos e empresas.¹⁵⁶

¹⁵³ ELEMENTS PAPER ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS ARBITRATION. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/01/Elements-Paper_INTERNATIONAL-ARBITRATION-OF-BUSINESS-AND-HUMAN-RIGHTS-DISPUTE.font12.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

¹⁵⁴ THE HAGUE RULES OS BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em 17 ago. 2021.

¹⁵⁵ THE HAGUE RULES OS BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em 17 ago. 2021.

¹⁵⁶ THE HAGUE RULES OS BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. p. 3. Acesso em 17 ago. 2021.

As notas introdutórias do instrumento ressaltam que “partes”, para os termos das Regras, podem ser corporações, indivíduos, sindicatos e organizações de trabalhadores, Estados, entidades estatais, organizações internacionais e organizações da sociedade civil, assim como qualquer outra parte de qualquer natureza que consentir com o mecanismo. Quanto aos termos “empresas”, “direitos humanos” ou “direitos humanos e empresas” o instrumento não faz definição exata e aponta o entendimento conforme os termos dos Princípios Orientadores da Organização das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos.¹⁵⁷

As Regras de Haia foram elaboradas com base nas Regras para Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional de 2013 (“*2013 UNCITRAL Arbitration Rules*”), com modificações para refletir: a) as características particulares das disputas relativas aos impactos das atividades empresariais; b) a possível necessidade de medidas especiais para lidar com as circunstâncias de afetados pelos impactos das atividades de negócios sobre direitos humanos; c) a possível desigualdade de poderes que pode surgir nas disputas regidas pelas Regras; d) o interesse público envolvido na resolução destas demandas, que, dentre outras coisas, exige um nível elevado de transparência dos procedimentos e oportunidade de participação de terceiros interessados e do próprio Estado; e) a importância de ter árbitros com expertise apropriada para essas disputas e sujeitos a parâmetros elevados de conduta; f) a possível necessidade de o tribunal arbitral criar mecanismos especiais para produção de provas e proteção das testemunhas.¹⁵⁸

Os principais aspectos considerados pelo grupo de trabalho que elaborou o instrumento dizem respeito às questões problemáticas que tangenciam a relação (e os conflitos) de empresas, direitos humanos e arbitragem (aspectos processuais): o primeiro deles é a desigualdade de armas entre as partes; novas exigências para os árbitros; o direito aplicável à solução do litígio (substancial e procedimental); o dever dos árbitros de compatibilizar a sentença produzida com os direitos humanos; proteção das partes e testemunhas; e transparência.¹⁵⁹

¹⁵⁷ THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. p. 3. Acesso em 17 ago. 2021.

¹⁵⁸ THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em 17 ago. 2021.

¹⁵⁹ SALIENT BHR ISSUES IN THE HAGUE RULES ON BHR ARBITRATION. The Hague, 2019. Disponível em: <https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2020/06/Salient-BHR-issues-in-The-Hague-Rules-on-BHR-Arbitration-S.Ratner-U.Kriebaum.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

Dentro desse contexto há diversas nuances procedimentais necessárias para o atendimento da pretensão de adequação de um procedimento para tratar matéria de direitos humanos.

A seguir, busca-se avaliar o potencial do instrumento e a potencial contribuição para os futuros procedimentos de arbitragem que utilizarem-no para regular processos cuja demanda é a reparação civil às vítimas de violações de direitos humanos, especialmente pela atuação de empresas transnacionais.

Para tanto, será exposto o principal conteúdo das Regras de Haia para Arbitragem envolvendo empresas e direitos humanos. O posicionamento da produção deste tópico do trabalho é de observação crítica, de modo que se faz necessário analisar as ferramentas de que dispõe o instrumento e apontar alguns pontos vulneráveis, com a finalidade de emitir uma adequada ponderação sobre o seu conteúdo e a pretensão de contribuição para preenchimento da lacuna de acesso à justiça dos Princípios Orientadores da ONU para Empresas e Direitos Humanos.

3.2 CONTEÚDO DAS REGRAS DE HAIA SOBRE ARBITRAGEM DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS: UMA AVALIAÇÃO CRÍTICA

As Regras de Haia utilizam estrutura semelhante às Regras de Arbitragem da UNCITRAL, com as modificações necessárias para a adequação à matéria de direitos humanos. O texto das Regras de Haia apresenta aspectos introdutórios que explicam o procedimento adotado pelo grupo de trabalho para elaboração do instrumento, conteúdo disposto em seis sessões, um código de conduta e cláusulas modelo úteis para utilização das partes em aspectos específicos para o procedimento de arbitragem. Cada artigo do documento é acompanhado de comentários que pretendem elucidar a aplicação, a interpretação e as razões das modificações inseridas no instrumento para questões de direitos humanos – com a ressalva de que não fazem parte do documento legal.¹⁶⁰

Para discutir as mudanças trazidas pelas Regras de Haia ao procedimento arbitral, observam-se os pontos de destaque apontados pelo grupo de trabalho para a melhor adequação do procedimento às questões de direitos humanos.

¹⁶⁰ THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. p. 3. Acesso em 17 ago. 2021.

Questões de relevante importância que são, em certa medida, limitadores da arbitragem no tocante aos direitos humanos, em que pese a intenção do instrumento de diminuí-las, não são objeto de solução pelas Regras de Haia, conforme propriamente delineado nas suas notas introdutórias e em seus comentários. Primeiro, as Regras não possuem a rigidez necessária para definir a arbitrabilidade das matérias (o que fica a cargo do Estado no qual a arbitragem será sediada). Segundo, em que pese só haver viabilidade de aplicabilidade do instrumento a partir do consentimento das partes envolvidas, as Regras não são capazes de definir as modalidades pelas quais as partes poderão consentir, nem o conteúdo do consentimento para a arbitragem. Esse consentimento pode ser anterior ou posterior ao conflito e o instrumento disponibiliza cláusulas modelo de possível utilização para firmar o compromisso. Terceiro, as Regras não dispõem sobre o cumprimento da sentença arbitral, que deve ser governado pelo direito doméstico do local a ser executada, por tratados e convenções, a incluir, na maioria dos casos, a Convenção de Nova York de 1958. Quarto, em que pese pretender servir ao acesso à justiça para as reparações às vítimas de direitos humanos, a submissão à arbitragem sob o regramento das Regras de Haia deve presumir que todas as partes possuem o mínimo de recurso financeiro para arcar com os custos básicos (que podem ser elevados) do procedimento ou, talvez, sistema de assistência jurídica, fundos de contingência ou acordos para a distribuição assimétrica dos custos entre as partes.¹⁶¹

3.2.1 Desigualdade de poderes entre as partes

A arbitragem envolvendo empresas e direitos humanos deve lidar com a potencial situação identificada na maioria dos conflitos nos quais indivíduos vítimas de violações de direitos humanos estejam nos polos da relação processual: a desigualdade de poderes entre as partes. A desigualdade de armas pode ser refletida a partir da desigualdade econômica das partes envolvidas na relação, com implicações na representação legal e assistência, nos custos do procedimento, quanto ao idioma do procedimento, medo de represálias, de modo a gerar uma grande lacuna no acesso à justiça.

A desigualdade de poderes entre as partes pode ser identificada como o poder de influência no procedimento arbitral ou poder econômico (que na maioria das vezes, é o que ocasiona as modalidades de desigualdade). Grandes empresas, empresas transnacionais,

¹⁶¹ THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 17 ago. 2021. pp. 3-4.

potenciais violadores de direitos humanos, possuem artifícios (como adequada representação, conhecimento e recursos financeiros) que os colocam como sujeitos hipersuficientes em relações com sujeitos hipossuficientes (as vítimas das violações de direitos humanos). Da mesma forma que essa desigualdade de poderes pode ser identificada em relações nas quais há indivíduos (pessoa física) num dos polos da relação, também pode ser identificada em relações nas quais os dois polos possuem empresas (*B2B arbitration*), a exemplo de uma empresa transnacional em litígio com uma empresa local de pequeno porte.

Os comentários do instrumento trazem a previsão de que, como resposta à potencial desigualdade de poderes entre as partes, mesmo quando no procedimento há partes sem a devida representação legal, o tribunal arbitral deve envidar esforços, sem comprometer a sua independência e imparcialidade, para que suas demandas sejam apresentadas de modo efetivo, justo e eficiente, inclusive com a adoção de um procedimento mais proativo e inquisitório, oposto ao modelo adversarial.¹⁶²

O segundo ponto elaborado com atenção à potencial desigualdade de poderes entre as partes diz respeito à petição de reclamação (*statement of claim*), cujo artigo 22 (4) reproduz: “a reclamação deve, na medida do possível, estar acompanhada por todos os documentos e outras evidências à disposição do reclamante, ou conter referências a estas.”¹⁶³ Essa situação é identificada a partir do pressuposto do dever de constituição do direito que se reclama, isto é, na formulação da pretensão levada a juízo.

A visão dos autores do instrumento é de que essa expressão “na medida do possível” (no documento original: *as far as possible*) permite que o tribunal possa identificar a potencial desigualdade de armas entre as partes, de modo a autorizar o recebimento de reclamações que não estejam suficientemente acompanhadas de evidências, e, ainda, equilibrar o dever de produção de provas das partes. Por exemplo, numa situação na qual uma das partes não possui acesso a documento específico que evidencia o direito objeto da reclamação, porque está no poder da parte contra quem o direito é reivindicado ou de terceiros, o tribunal pode receber a

¹⁶² Article 5 (2). *Where a party faces barriers to access to remedy, including a lack of awareness of the mechanism, lack of adequate representation, language, literacy, costs, physical location or fears of reprisal, the arbitral tribunal shall, without compromising its independence and impartiality, ensure that such party is given an effective opportunity to present its case in fair and efficient proceedings.* (THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 06 ago. 2021. pp. 24-25).

¹⁶³ Article 22 (4). *The statement of claim should, as far as possible, be accompanied by all documents and other evidence relied upon by the claimant, or contain references to them.* (THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 06 ago. 2021. p. 44).

reclamação sem a evidência e possui o poder de ordenar a produção de provas naquele procedimento ou organizar meios de produção de provas para o caso específico.¹⁶⁴

Essa previsão do poder de ordenar a produção de provas se assemelha ao que no direito internacional dos direitos humanos (e também no direito brasileiro) é conhecido como possibilidade de inversão do ônus da prova, que possui papel relevante em relações processuais nas quais há desigualdade de poderes entre as partes, tal como em relações consumeristas, relações trabalhistas e também situações de hipossuficiência identificadas caso a caso.

No mesmo sentido, as Regras de Haia invocam as previsões de diversos meios de produção de provas que devem levar em consideração as melhores práticas de produção de provas em disputas internacionais e de acordo com as circunstâncias do caso, a considerar a equidade, a eficiência, a adequação cultural e a compatibilidade de direitos.¹⁶⁵

Como melhores práticas de produção de provas em disputas internacionais, os árbitros devem considerar como orientação aquelas relativas à arbitragem, como as Regras de Produção de Provas em Arbitragem Internacional da IBA (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*), assim como aquelas relativas ao contexto de direitos humanos, como as Regras de Procedimento de Reclamações e Mecanismos de Disputas do Acordo de Vestuário

¹⁶⁴ THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 06 ago. 2021. p. 44.

¹⁶⁵ Article 32 (1) *Each party shall have the burden of proving the facts relied on to support its claim or defence.*
 (2) *The arbitral tribunal may organize the taking of evidence in the manner that it deems appropriate to enable each party to effectively present its case, taking into account relevant best practices in the taking of evidence in international dispute resolution and the circumstances of the case, including considerations of fairness, efficiency, cultural appropriateness and rights-compatibility. In organizing the taking of evidence, the arbitral tribunal may limit the scope of the evidence that may be produced by the parties. The arbitral tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of evidence offered.*

(...)

(4) *At any time during the arbitral proceedings the arbitral tribunal may, on its own motion or at the request of a party, require any party to produce documents, exhibits, witness statements or other evidence within such a period of time as the arbitral tribunal shall determine. The arbitral tribunal shall order the production of documents to the extent necessary to enable each party to have reasonable opportunity of presenting its case, taking into account considerations of fairness, efficiency, cultural appropriateness and rights-compatibility. If a party fails to produce documents required by the arbitral tribunal, the arbitral tribunal may draw the consequences it deems appropriate, including an inference that such evidence would be adverse to the interests of that party or a reversal of the burden of proof.*

(...)

(5) *A request by a party for another party to produce documents shall contain:*

(...)

(c) (i) *a statement that the documents requested are not in the possession, custody or control of the requesting party or a statement of the reasons why it would be unreasonably burdensome for the requesting party to produce such documents, and (ii) a statement of the reasons why the requesting party assumes the documents requested are in the possession, custody or control of another party.* (THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 06 ago. 2021. p. 60-63).

e Têxteis Sustentáveis (*Rules of Procedure of the Complaints and Dispute Mechanism of the Agreement Sustainable Garment and Textile*), Diretrizes sobre Investigação Internacional de Direitos Humanos (*International Human Rights Fact-Finding Guidelines – The Lund-London Guidelines*) e as Regras de Procedimento e Provas do Tribunal Penal Internacional (*Rules of procedure and evidence of the International Criminal Court*).¹⁶⁶

Essas medidas previstas pelas Regras de Haia estão à serviço das partes, mas em poder dos árbitros, que devem utilizá-las na análise do caso concreto, a ressaltar a importância de que os árbitros possuam expertise na solução de demandas oriundas de violações de direitos humanos, de modo a identificar situações de manifesta desigualdade de poderes e a adotar os mecanismos para garantir à situação o máximo de paridade, a impedir o cometimento de injustiças processuais decorrentes da desigualdade de poderes entre as partes e a consequente ineficácia dos instrumentos sob a perspectiva das vítimas.

Quanto à desigualdade econômica entre as partes, conforme já apontado neste capítulo, as Regras de Haia tentam reduzir as barreiras para efetivação do acesso à justiça, mas a arbitragem, por si só, é limitada nesse sentido, uma vez que se trata de procedimento privado, com pagamento de custas pelas partes. As partes precisam de recursos financeiros para cobrir os custos básicos do procedimento e de sua própria representação. O que as Regras preveem é que essa desigualdade pode ser amenizada a partir de assistência jurídica, fundos de contingência ou acordos para a distribuição assimétrica dos custos entre as partes. Em geral, a assistência financeira dessas vítimas é fornecida por patrocinadores, como ONGs, por exemplo, que, entretanto, só poderão fornecer o patrocínio (inclusive de assistência processual de advogados) para os casos que julgarem relevantes, isto é, há intrínseca seletividade. Entre os anexos das Regras estão contidas cláusulas modelo com referência aos custos da arbitragem.¹⁶⁷

3.2.2 Árbitros

As disputas envolvendo direitos humanos e empresas exigem características especiais dos árbitros responsáveis pelo julgamento da causa, além de independência e imparcialidade,

¹⁶⁶ THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 06 ago. 2021. p. 62).

¹⁶⁷ THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 17 ago. 2021.

para legitimar o procedimento de arbitragem e, especialmente, tornar eficazes as disposições previstas nas Regras de Haia.

Sobre os árbitros a julgar as causas de direitos humanos, as Regras de Haia inovam em comparação ao que dispõem As Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 2013, no Artigo 11 (c), ao estabelecer a necessidade de que os árbitros possuam expertise em matéria de direitos humanos.¹⁶⁸

Os aspectos essenciais estabelecidos pelas Regras de Haia com o intuito de legitimar a decisão produzida a partir da arbitragem referem-se à habilidade técnica para o tratamento do caso, da matéria ali discutida e em outras questões relevantes ao procedimento arbitral¹⁶⁹ (a citar como exemplo direitos humanos, direito processual e direito internacional); independência e imparcialidade, cuja análise deve considerar não só a possível relação com as partes em si, como também com relação aos países (ou nacionalidades) das partes envolvidas naquela demanda.¹⁷⁰

Os parâmetros de eticidade e caráter dos árbitros devem ser elevados, de modo que, diante da subjetividade envolvida nessas características, os árbitros devem obedecer a um Código de Conduta, formulado com base no que já dispõem as Regras do IBA (*International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*), mas que o

¹⁶⁸11. 1 *Unless otherwise agreed by the parties or unless the appointing authority determines in its discretion that it is not appropriate for the case, the appointment of arbitrators under these Rules shall be made in accordance with the following:*

a) *No person who has previously been involved in the dispute in any capacity may be appointed as an arbitrator;*

b) *Persons appointed to serve as arbitrators under these Rules shall be persons of high moral character, who may be relied upon to exercise independent and impartial judgement. Without prejudice to Articles 12 to 14, in assessing the impartiality, independence or qualifications of arbitrators, the parties, the arbitrators and the appointing authority shall apply the Code of Conduct;*

c) *The presiding or sole arbitrator shall have demonstrated expertise in international dispute resolution and in areas relevant to the dispute, which may include, depending on the circumstances of the case, business and human rights law and practice, relevant national and international law and knowledge of the relevant field or industry;*

d) *The presiding or sole arbitrator shall not be a national of States whose nationals are parties or of any State that is a party. The nationality of a party shall be understood to include those of its controlling shareholders or interests.*

2. *The arbitrators shall comply with the Code of Conduct.*

3. *The Parties, arbitrators and the appointing authority shall take into account the advisability of forming a diverse tribunal.* (THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 06 ago. 2021. pp. 30-32).

¹⁶⁹ SALIENT BHR ISSUES IN THE HAGUE RULES ON BHR ARBITRATION. The Hague, 2019. Disponível em: <https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2020/06/Salient-BHR-issues-in-The-Hague-Rules-on-BHR-Arbitration-S.Ratner-U.Kriebaum.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

¹⁷⁰ SALIENT BHR ISSUES IN THE HAGUE RULES ON BHR ARBITRATION. The Hague, 2019. Disponível em: <https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2020/06/Salient-BHR-issues-in-The-Hague-Rules-on-BHR-Arbitration-S.Ratner-U.Kriebaum.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

excede para atender questões especiais de direitos humanos e atividade empresarial. Esse Código de Conduta integra formalmente as Regras de Haia e estabelece deveres e requisitos especiais para os árbitros, com atenção às melhores práticas internacionais, com pretensão de que o Tribunal Arbitral atenda aos mesmos padrões de membros de outras cortes e tribunais internacionais: como da Corte Permanente de Arbitragem, da Corte Internacional de Justiça, do Tribunal Penal Internacional e do Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos.¹⁷¹

Uma questão relevante, que parece não só tentar adequar o procedimento às necessidades para solução de conflitos de direitos humanos, como também incorporar os aspectos substanciais de direitos humanos no seu conteúdo, é a previsão de que a diversidade é desejável para a composição do tribunal arbitral (Art. 11(3)).

3.2.3 Interesse público, pluralidade de partes e participação de terceiros

A natureza dos direitos objetos do procedimento de arbitragem invoca o interesse público – seja de outros indivíduos também titulares desses direitos, seja, em última análise, o interesse do próprio Estado, já que, a rigor, é o responsável pela proteção dos Direitos Humanos em seu território. Esse interesse público invoca algumas particularidades a serem observadas no procedimento arbitral, a começar pela transparência. Questões como pluralidade de partes e participação de terceiros são também decorrentes das especificidades do procedimento de reparação de violações de direitos humanos.

É possível que as violações de direitos humanos atinjam considerável número de indivíduos, grupos inteiros (quando se trata da hipótese de conflito direto entre uma empresa e os indivíduos, a considerar uma possível arbitragem entre empresas e indivíduos), de modo que surge uma demanda jurisdicional pela violação do mesmo direito, a partir da mesma causa de pedir e, possivelmente, com o mesmo pedido – por exemplo, violações ambientais, violações aos direitos de comunidades tradicionais, violação aos direitos dos trabalhadores, etc.

As Regras de Haia apresentam tópico específico para o atendimento aos procedimentos que possuem multiplicidade de partes nos polos do litígio. O Artigo 19 observa essa hipótese. As partes que possuírem situações fáticas e jurídicas semelhantes devem ser ouvidas juntas.

¹⁷¹ THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 06 ago. 2021. p. 31

Essa previsão é reflexo da pretensão de eficiência do procedimento arbitral para a solução da demanda, para que questões significativas sejam ouvidas em conjunto.

O Tribunal deverá adotar procedimentos apropriados ao número de partes e à natureza da matéria ali discutida. Esses procedimentos adequados podem incluir a adoção de procedimentos previstos em outros instrumentos de arbitragem para ações coletivas, a fim de lidar de forma eficiente com inúmeras reclamações (a exemplo do *Supplementary Rules for Class Arbitrations of the American Arbitration Association*¹⁷² e do *Judicial Arbitration and Mediation Services (JAMS) Class Action Procedures*¹⁷³).¹⁷⁴

As partes interessadas podem ingressar na arbitragem e se tornarão partes da convenção de arbitragem para os fins daquele procedimento. É necessário ressaltar que o ingresso na arbitragem sempre dependerá do consentimento das partes, isto é, não há expansão da jurisdição dos árbitros para inserção de terceiros interessados (ainda que necessários), se não houver a opção dessas partes para submeterem-se ao procedimento arbitral. Essa ressalva é decorrência do princípio basilar da arbitragem: autonomia da vontade das partes.

Há casos em que, depois de ouvidas as partes da arbitragem e os terceiros interessados, o tribunal arbitral pode rejeitar a inserção destes terceiros, se inadequado ou desnecessário aquele procedimento. Entretanto, se o terceiro é uma parte beneficiária relevante, o tribunal não deve negar a sua inserção tão somente sob o argumento de que seria prejudicial às outras partes.

Em qualquer caso, ao acordarem pela aplicação das Regras de Haia para o regimento do procedimento de arbitragem, as partes consentem com o potencial ingresso de terceiros

¹⁷² SUPPLEMENTARY RULES FOR CLASS ARBITRATIONS. Disponível em: https://www.adr.org/sites/default/files/Supplementary_Rules_for_Class_Arbitrations.pdf. Acesso em: 06 ago. 2021.

¹⁷³ JUDICIAL ARBITRATION AND MEDIATION SERVICES CLASS ACTION PROCEDURES. Disponível em: <https://www.jamsadr.com/rules-class-action-procedures/>. Acesso em: 06 ago. 2021.

¹⁷⁴ *Article 19 (1) In so far as possible, claims with significant common legal and factual issues shall be heard together. The arbitral tribunal may adopt special procedures appropriate to the number, character, amount and subject matter of the particular claims under consideration.*

(2) The arbitral tribunal may allow one or more third persons to join in the arbitration as a party provided such person is a party to or a third party beneficiary of the underlying legal instrument that includes the relevant arbitration agreement, unless, after giving all parties and the person or persons to be joined the opportunity to be heard, the arbitral tribunal finds that joinder should not be permitted. Third persons so joined shall become parties to the arbitration agreement for the purposes of the arbitration. The arbitral tribunal may make a single award or several awards in respect of all parties so involved in the arbitration.

(3) Notwithstanding paragraph 2, where a third person is a party to or a relevant third party beneficiary of the arbitration agreement, the arbitral tribunal shall not deny the joinder solely on the basis that such joinder might prejudice other parties.

(THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 06 ago. 2021. pp. 39-41).

interessados beneficiários do contrato como partes também daquele procedimento, quando autorizado pelo tribunal arbitral.¹⁷⁵

3.2.4 Transparência

A transparência é um dos aspectos mais importantes trazidos pelas Regras de Haia, já refletida no preâmbulo do documento, que trouxe uma seção nova (Seção VI) e detalhada sobre a transparência do procedimento arbitral, também baseadas nas regras de transparência da UNCITRAL.¹⁷⁶ A sua importância é decorrente do interesse público envolvido nas questões de direitos humanos e é um evidente diferencial dos pressupostos da arbitragem tradicional comercial, que possibilita a confidencialidade do procedimento. Nos procedimentos que envolvem direitos humanos, a transparência é ainda mais importante por uma série de motivos: serve para garantir maior igualdade de armas entre as partes; para registrar publicamente os malfeitos perpetrados contra a dignidade da pessoa humana, contribui para o direito à memória e à verdade, dentre outras situações.

Os aspectos da transparência previstos nas Regras são extensos: dispõem sobre a publicação dos principais documentos do procedimento arbitral, que configuram interesse público; dispõem sobre a publicidade das audições orais das partes e terceiros; e, ao mesmo tempo, reconhecem algumas informações como confidenciais, notadamente a identidade de pessoas protegidas por uma ordem de confidencialidade para suas seguranças, algumas informações empresariais confidenciais, e informações confidenciais sob a determinação da lei nacional.

Os árbitros devem possuir poder e autoridade para adaptar os requerimentos ou quaisquer provisões de transparência para o caso particular em julgamento, desde que em adequação com as Regras. O exercício de discricionariedade dos árbitros no tocante à transparência do procedimento arbitral deve considerar: a) o interesse público em transparência nos procedimentos de arbitragem orientados pelas Regras de Haia e em procedimentos arbitrais particulares; b) o interesse das partes no julgamento justo e na resolução eficiente da disputa; c) a segurança, privacidade e confidencialidade concernente às partes, testemunhas,

¹⁷⁵ THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 06 ago. 2021. p. 41.

¹⁷⁶ SALIENT BHR ISSUES IN THE HAGUE RULES ON BHR ARBITRATION. The Hague, 2019. p. 8. Disponível em: <https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2020/06/Salient-BHR-issues-in-The-Hague-Rules-on-BHR-Arbitration-S.Ratner-U.Kriebaum.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

representantes e outras pessoas envolvidas ou afetadas pelo procedimento arbitral; e d) o potencial agravamento dos conflitos entre relevantes partes interessadas.¹⁷⁷

O Artigo 43¹⁷⁸ das Regras de Haia cria um repositório em atenção à transparência dos procedimentos, no qual devem ficar depositados os documentos oriundos do procedimento de arbitragem tramitado sob este regramento. O repositório de informações públicas deve ser a Corte Permanente de Arbitragem, órgão com funções administrativas de procedimentos de arbitragem sediado em Haia.

Essas previsões são essenciais para o adequado julgamento de demandas que envolvem questões de direitos humanos, decorrente do inerente interesse público na matéria, o que pode contribuir com outros aspectos do procedimento, especialmente com a minimização da desigualdade de poderes entre as partes, a publicidade da atuação dos árbitros no procedimento, a impulsionar a imparcialidade, o julgamento técnico e adequado para o caso, a propiciar maior segurança jurídica às partes do procedimento. As Regras de Haia disponibilizam cláusulas modelo com disposições sobre a transparência no procedimento arbitral.

3.2.5 Direito aplicável

O Artigo 46 das Regras de Haia traz disposições acerca do direito aplicável ao mérito do conflito submetido à arbitragem, regido por aquele instrumento. O direito aplicável pode ser

¹⁷⁷ Article 38 (1) The arbitral tribunal shall have the power, besides its discretionary authority under certain provisions of these Rules, to adapt the requirements of any provision of this Section to the particular circumstances of the case, after consultation with the parties, if such adaptation is necessary to conduct the arbitration in a practical manner and is consistent with the transparency objective of Articles 38 to 43.

(2) Where Articles 37 to 43 provide for the arbitral tribunal to exercise discretion, the arbitral tribunal in exercising such discretion shall take into account: (a) the public interest in transparency in arbitration under these Rules and in particular arbitral proceedings; (b) the parties' interest in a fair and efficient resolution of their dispute; (c) the safety, privacy and confidentiality concerns of the parties, witnesses, representatives and other involved in or affected by the arbitral proceedings; and (d) the potential for aggravating conflicts between and among relevant stakeholders.

(...)

(5). If all parties are legal persons of a commercial character and the arbitral tribunal determines that there is no public interest involved in the dispute, the arbitral tribunal may, on its own motion or at the request of a party, and after inviting the parties to express their views, decide not to apply Articles 38 to 43. (THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 06 ago. 2021. pp. 69-70).

¹⁷⁸ Article 43. The repository of published information under these Rules shall be the PCA. The repository shall regularly publish general information about arbitration under these Rules as a source of continuous learning, including industry sector, names of arbitrators, outcome of cases and costs. (THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 08 set. 2021. p. 76).

oriundo de uma série de instrumentos: leis domésticas, contratos, códigos de conduta particulares, regulamentos, tratados de direitos humanos, instrumentos de *soft law*, etc.¹⁷⁹

A possibilidade de aplicação de regras emanadas de diferentes sistemas jurídicos, de fontes estatais e não estatais é o diferencial nesse quesito. Por isso, optou-se pela utilização do termo “direito aplicável” em vez de “lei aplicável” na análise deste trabalho.

Em primeiro lugar, cabe às partes definirem qual será o direito aplicado pelo tribunal arbitral ao mérito da disputa, conforme dispõe o Artigo 46 (1). Esse ponto apresenta dois vieses: o primeiro, sob uma ótica otimista, é a possibilidade de aplicação do direito internacional dos direitos humanos para as soluções das demandas que envolvem diretamente empresas e direitos humanos; o segundo aponta uma preocupação relevante, qual seja, o potencial para seletividade do direito aplicável, a desconsiderar a necessidade de consideração do *corpo juris* da matéria pertinente, a constituir um obstáculo para a interpretação dinâmica e holística da proteção dos direitos humanos.

Acaso não haja a escolha do direito aplicável pelas partes, o tribunal arbitral deve aplicar o direito que considerar adequado, é o que dispõe o Artigo 46 (2). Os comentários apontam que, nessa hipótese de designação do direito pelo tribunal arbitral, os árbitros podem incluir as regras do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Outro ponto importante a ser considerado são as obrigações de direito humanos às quais os Estados envolvidos no caso estão submetidos (seja como parte, seja como Estado de nacionalidade das partes).¹⁸⁰

O Artigo 46(4) chama a atenção também para as possíveis fontes adicionais de regras vinculantes para as disputas comerciais sobre direitos humanos, decorrentes do contexto dos negócios. Exemplo: em casos de corporações em que todos os participantes se comprometeram

¹⁷⁹ Article 46 (1). *The arbitral shall apply the law, rules of law or standards designated by the parties as applicable to the substance of the dispute.*

(2) *Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law or rules of law which it determines to be appropriate.*

(3) *The arbitral tribunal shall decide as amiable compositeur or ex aequo et bono only if the parties have expressly authorized the arbitral tribunal to do so.*

(4) *In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the applicable agreement(s), if any, and shall take into account any usage of trade applicable to the transaction, including any business and human rights standards or instruments that may have become usage of trade.* (THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. p. 79. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 06 ago. 2021).

¹⁸⁰ THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. p. 79. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 06 ago. 2021.

com determinado padrão de direitos humanos, pode surgir a vinculação desse uso às partes, ainda que o direito escolhido pelas partes não incorpore expressamente direitos humanos.¹⁸¹

3.2.6 A sentença arbitral: reconhecimento e execução das sanções

O principal aspecto da sentença arbitral, conforme as Regras de Haia, é a necessária compatibilidade com os direitos humanos.¹⁸² Dessa forma, é recomendável que a própria fundamentação da sentença especifique as razões determinantes da sua decisão de modo a compatibilizá-la com as normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

O limite dessa previsão de compatibilidade da sentença arbitral com os direitos humanos é que, em que pese a exigência de que haja essa compatibilidade, de modo a orientar que o tribunal considere a proteção aos direitos humanos na formação do seu convencimento e no conteúdo da sua decisão, o tribunal não possui autorização para decidir em contrariedade ao que dispõe o direito aplicável ao julgamento do mérito da demanda, de acordo com o Artigo 46. Essa ressalva é especificada pelos autores do instrumento.¹⁸³

A sentença arbitral pode estabelecer diversas sanções que, em tese, são vinculantes às partes. Essas sanções podem ter natureza monetária ou afetar a reputação das corporações que violaram direitos humanos.

O Artigo 45(2) descreve como hipóteses de sanções definidas na sentença arbitral a compensação financeira ou remédio não financeiro, a incluir restituição, reabilitação, satisfação, desempenho específico da corporação e prestação de garantias de não repetição. Além disso, também pode haver recomendação de adoção de medidas para ajudar a solução da demanda de modo subjacente e prevenir disputas futuras ou repetição de danos.¹⁸⁴ O rol

¹⁸¹ SALIENT BHR ISSUES IN THE HAGUE RULES ON BHR ARBITRATION. The Hague, 2019. p. 6. Disponível em: <https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2020/06/Salient-BHR-issues-in-The-Hague-Rules-on-BHR-Arbitration-S.Ratner-U.Kriebaum.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

¹⁸² Article 45 (4) The arbitral tribunal shall state the reasons upon which the award is based and shall satisfy itself that the award is human rights-compatible. (THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 06 ago. 2021. p. 78).

¹⁸³ THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 06 ago. 2021. p. 79.

¹⁸⁴ Article 45 (2) *Na award may order monetary compensation and non-monetary relief, including restitution, rehabilitation, satisfaction, specific performance and the provision of guarantees of non-repetition. An award may also contain recommendations for other measures that may assist in resolving the underlying dispute and preventing future disputes or the repetition of harm, which shall be binding only if agreed by the parties.* (THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 06 ago. 2021. p. 77).

estabelecido neste artigo é ilustrativo, baseado nos comentários do Princípio 25¹⁸⁵ dos Princípios Orientadores da ONU (marco Ruggie).¹⁸⁶

Ressalta-se a impossibilidade de atribuição de sanções criminais para indivíduos e pessoas jurídicas por meio da arbitragem (o que, pela natureza do procedimento, é impraticável, dada a impossibilidade de arbitrabilidade de matéria criminal).

A sentença oriunda no procedimento arbitral regulamentado pelas Regras de Haia para Arbitragem envolvendo empresas e direitos humanos possui equivalência com as demais sentenças de arbitragem internacional, isto é, é essa a sua natureza: sentença de arbitragem internacional.

O texto do instrumento não estabelece consideração específica acerca do seu reconhecimento e execução. Via de regra, o reconhecimento é realizado pelos Estados onde as sentenças serão executadas (já que o tribunal arbitral não tem a competência de execução das sentenças, tampouco uma sentença internacional).

A interpretação que se faz é que a sentença poderá ser reconhecida e executada pelos Estados a partir dos instrumentos já adotados para reconhecimento e execução de sentença arbitrais estrangeiras. O principal instrumento que trata do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras é a Convenção de Nova York de 1958.

Conforme alerta parte das análises sobre o tema, dever-se-á refletir sobre o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras em matéria de direitos humanos, como é o caso daquelas oriundas de procedimento de arbitragem regulamentados pelas Regras de Haia, uma vez que a Convenção de Nova York de 1958 é expressa ao estabelecer que a aplicação do tratado deve ser feita em relações especificamente comerciais¹⁸⁷, o que abre a lacuna para os casos das sentenças arbitrais cujas reclamações são feitas por vítimas de violações de direitos humanos com intuito de obter as respectivas reparações.

¹⁸⁵ “(...) *Access to effective remedy has both procedural and substantive aspects. The remedies provided by the grievance mechanisms discussed in this section may take a range of substantive forms the aim of which, generally speaking, will be counteract or make good any human rights harms that have occurred. Remedy may include apologies, restitution, rehabilitation, financial or non-financial compensation and punitive sanctions (whether criminal or administrative, such as fines), as well as the prevention of harm through, for example, injunctions or guarantees of non-repetition. Procedures for the provision of remedy should be impartial, protected from corruption and free from political or other attempts to influence the outcome.*” (UNITED NATIONS. *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. New York, 2011. p. 27. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 06 ago. 2021).

¹⁸⁶ THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 06 ago. 2021. p. 78.

¹⁸⁷ GUEDES, Henrique Lenon Farias. *Arbitragem e direitos humanos em outro conto da Haia*. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-e-direitos-humanos-em-outro-conto-da-haia-05122019. Acesso em: 07 ago. 2021.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Regras de Haia devem ser elogiadas pelo seu esforço de aprofundar alguns pontos úteis para a solução de conflitos envolvendo direitos humanos, especialmente questões como transparência, multiplicidade de partes no procedimento e a exigência de expertise técnica dos árbitros sobre direitos humanos. O instrumento também aponta insuficiências, muito mais decorrentes da adequação do próprio mecanismo da arbitragem como método privado de solução de conflitos, que propriamente das Regras de Haia, o que não retira o contributo trazido pelas Regras nos casos que comportam a submissão do conflito à arbitragem.

Para fazer uma adequada avaliação acerca da contribuição das Regras de Haia para a solução de conflitos envolvendo empresas e direitos humanos, deve-se levar em consideração o propósito para o qual foi criado: servir como meio alternativo, que – em alguma medida – já tratava questões de direitos humanos, com o acréscimo de algumas previsões que visam a subtrair os obstáculos enfrentados para suprimir a lacuna do acesso à justiça das vítimas de violação de direitos humanos.

Portanto, nestas considerações, sempre que se fala em adequabilidade das Regras de Haia para solução de conflitos envolvendo direitos humanos – especialmente quando as vítimas são partes do procedimento, sejam por si próprias (o que é uma hipótese difícil), seja através de uma organização não governamental, de uma associação de trabalhadores ou de outras associações que representem o interesse das vítimas, fala-se em adequabilidade de um procedimento que se mostra como alternativa à jurisdição estatal. Isto é, uma opção a mais.

Dito isso, é possível analisar as contribuições oriundas das Regras de Haia para Arbitragem de Direitos Humanos e Empresas, em comparação ao padrão de arbitragem disponível antes da sua vigência (arbitragens adequadas para relações estatais, para relações comerciais, arbitragens de investimento sem atenção para as vítimas de violações de direitos humanos).

O primeiro aspecto contributivo das Regras de Haia é a exigência quanto à expertise dos árbitros em matéria de direitos humanos. É bem verdade que a arbitragem, de modo geral, e os demais regulamentos de arbitragem, também exigem que os árbitros possuam capacidade técnica para o julgamento da demanda. As Regras de Haia, em especial, realizam a exigência de que os árbitros sejam especializados, especificamente, em solução de conflitos de direitos humanos.

Esse contributo é interno e externo: interno ao procedimento, a contribuir para a garantia dos direitos das vítimas, que não submeterão o objeto de violação dos seus direitos a árbitros com expertise em relações puramente comerciais, o que tem potencial de contribuição para amenizar a desigualdade das partes e da produção de uma sentença com potencial de compatibilidade mais elevado com os direitos humanos; e externo, o que propicia que as instituições administradoras de arbitragens também desenvolvam mais interesse na especialização em matérias de direitos humanos, a criar um nicho de arbitragem de potencial interesse para os praticantes do instrumento – o que, em certa medida, pode desenvolver a matéria Arbitragem e Direitos Humanos, com potencial contributivo futuro maior para o mecanismo.

O segundo aspecto contributivo com relação às vítimas é a transparência procedimental. A arbitragem de investimento também conta com esse aspecto. A arbitragem comercial possui como grande atrativo para as empresas a confidencialidade, mas é um aspecto inadequado em matéria de Direitos Humanos, que é de interesse público. Em que pese a transparência ser um diminutivo do interesse das empresas para submissão de litígios à arbitragem, é um possível garantidor de um procedimento mais adequado para as vítimas, a pressionar, inclusive, a atuação técnica e imparcial dos árbitros.

O instrumento apresenta contribuições razoáveis para minimizar a desigualdade entre as partes no procedimento arbitral (notadamente, a desigualdade entre empresas e vítimas). Entretanto, o fator de maior impacto para a desigualdade das partes na arbitragem é o poderio econômico, a ausência de recursos financeiros das vítimas de direitos humanos frente ao poderio de empresas transnacionais. Esse aspecto não se trata de uma deficiência isoladamente das Regras de Haia, mas da própria natureza privada do mecanismo de arbitragem.

As Regras são honestas ao introduzirem seu documento com a ressalva de que as partes devem possuir condições de arcar com os custos básicos do procedimento de arbitragem e de sua representação ou a utilização de meios de financiamentos que cubram os custos necessários. A possibilidade de que associações e organizações não governamentais integrem o polo do procedimento arbitral pode ser também um contributo, nesse aspecto, se considerarmos que é mais viável que haja a destinação de um fundo para causas de direitos humanos por essas entidades do que a possibilidade de que as vítimas, por si só, arquem com tais custos. Não é um instrumento de *soft law*, como as Regras de Haia, entretanto, que possuirá o condão de superar o obstáculo dos custos financeiros para acesso à arbitragem.

Essa desigualdade entre as partes apresenta problemas práticos inerentes à condição das vítimas de violações de direitos humanos: a preponderância da vontade das empresas transnacionais na flexibilidade do procedimento arbitral (em aspectos como *forum non conveniens*, escolha dos aspectos substanciais da convenção de arbitragem, do direito aplicável, etc.), a condicionar a adequação das vítimas aos seus interesses, especialmente quando a arbitragem se apresenta como o único meio disponível para o caso.

Outro aspecto é que, ainda que o instrumento tenha apresentado alguns aspectos importantes para uma maior proteção aos direitos humanos no procedimento, a eficácia da aplicação destes pontos está na condução dos árbitros do procedimento, visto que a maior parte das disposições condiciona à aplicação pelos árbitros no caso concreto – decorrência da flexibilidade do procedimento. Deve-se notar que a exigência da expertise dos árbitros, se adotada como uma política das próprias instituições de administração de arbitragem, pode ser o maior contributo do instrumento para Arbitragem e Direitos Humanos: o surgimento de árbitros especializados para solução de conflitos em direitos humanos – o que pode garantir avanços futuros.

A eficácia das Regras de Haia está condicionada ao consentimento, seja porque o próprio uso da arbitragem depende intrinsecamente do consentimento das partes, seja porque, por se dispor a tratar de relações entre empresas e Direitos Humanos, o instrumento conta, em grande medida, com o interesse das corporações em responder às obrigações decorrentes de instrumentos de Direitos Humanos e do interesse em assumir e reparar violações causadas às vítimas.

Em aspectos práticos, quanto ao acesso à justiça delineado nos Princípios Orientadores da ONU para Empresas e Direitos Humanos, as Regras de Haia, por si só, não se apresentam como instrumento inovador a contribuir para o acesso à justiça das vítimas, notadamente porque depende muito de fatores externos: aplicação do direito substancial em adequação aos Direitos Humanos, interesse das empresas em atender à proteção, respeito e reparação de Direitos Humanos, dependência direta de leis domésticas para arbitrabilidade da matéria de Direitos Humanos, assim como para o reconhecimento da sentença arbitral produzida.

Em resumo, historicamente, o instrumento apresenta avanços se comparado ao regramento direcionado à arbitragem (desenvolvido, como regra, em atenção à arbitragem comercial e, em menor medida, à arbitragem de investimentos), que não inclui considerações pautadas pela necessidade de atendimento às especificidades de um procedimento que discute Direitos Humanos.

Em análise prática, o instrumento é útil, mas não pode ser considerado adequado para todos os casos – mas essa limitação não está atrelada às suas disposições, especificamente, senão à própria natureza da arbitragem. De modo isolado, não se apresenta como meio adequado a servir às vítimas de violações de direitos humanos por atividade de empresas transnacionais, e, de modo também isolado, não se apresenta como um contributo ao acesso à justiça para as vítimas de violações de direitos humanos.

Portanto, a contribuição das Regras de Haia pode ser identificada na medida do interesse das empresas transnacionais de adequação aos padrões de responsabilidade social corporativa com Direitos Humanos, o que parece ser um contributo maior para a eficácia do *compliance* das empresas transnacionais do que para a reparação pelas violações sofridas pelas vítimas. A eficácia do instrumento se assemelha à eficácia dos Princípios Orientadores da ONU para Empresas e Direitos Humanos (marco Ruggie) e deve ser o impulso de uma agenda para solução de conflitos entre empresas transnacionais e direitos humanos que necessita de desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

ALABAMA claims of the United States of America against Great Britain. 1872. Disponível em: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf. Acesso em: 08 fev. 2021.

ALVAREZ, Jose E. Are Corporations “Subjects” of International Law?. *Santa Clara Journal of International Law*. Vol. 9, 2011. Disponível em: <https://digitalcommons.law.scu.edu/scujil/vol9/iss1/1/>. Acesso em: 07 set. 2020.

AMITY, Commerce and Navigation (Jay Treaty). 1794. Disponível em: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/b-gb-ust000012-0013.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2021.

ANDERSON, Sarah; CAVANAGH, John. *Top 200: the rise of corporate global power*. 2000. Publicado pelo Instituto de Estudos Políticos. Disponível em: <https://corpwatch.org/article/top-200-rise-corporate-global-power#overview>. Acesso em: 21 abr. 2020.

BENEDETTELLI. Human rights as a litigation tool in international arbitration: reflecting on the ECHR experience. *Arbitration International*. V. 31, 4, 1/12/2015. Disponível em: <https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/31/4/631/2739052?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 11 abr. 2021.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Nova York, 2015.

BROWNLIE, Ian. *Princípios do direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CARDIA, Ana Cláudia Ruy. Reparations of victims in light of a Treaty on Business and Human Rights. *Revista de Direito Internacional*, [s.l.], v. 15, n. 2, p. 3-13, 26 out. 2018. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v15i2.5369>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5369>. Acesso em: 18 jul. 2020.

CODE OF CONDUCT ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS. New York, 1987. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/156251>. Acesso em: 12 set. 2021.

CONVENÇÃO DE NOVA YORK. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/english>. Acesso em: 11 abr. 2021.

CONVENTION FOR THE PACIFIC SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES. The Hague, 1907. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5632420/mod_resource/content/1/Conven%C3%A7%C3%A3o%20da%20Haia%2C%201907.pdf. Acesso em: 08 ago. 2021.

CONVENTION FOR THE PACIFIC SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES. The Hague, 1899. Disponível em: <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/1899-Convention-for-the-Pacific-Settlement-of-International-Disputes.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2021.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *Eritrea/Yemen - Sovereignty and Maritime Delimitation in the Red Sea*. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/cases/81/>. Acesso em: 13 mar. 2021.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *Eritrea-Ethiopia Boundary Commission*. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/cases/99/>. Acesso em: 13 mar. 2021.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *Eritrea-Ethiopia Claims Commission*. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/cases/71/#:~:text=The%20Claims%20Commission%20was%20established,Conventions%2C%20or%20other%20violations%20of>. Acesso em: 13 mar. 2021.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *Larsen v. Hawaiian*. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/cases/35/#:~:text=Hawaiian%20Kingdom&text=The%20Tribunal%20underlined%20the%20many,a%20matter%20of%20international%20law>. Acesso em: 13 mar. 2021.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *Mox Plant case (Ireland v. United Kingdom)*. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/cases/100/>. Acesso em: 13 mar. 2021.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *Saluka Investments v. Czech Republic*. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/cases/101/>. Acesso em: 13 mar. 2021.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *Casos*. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/cases/>. Acesso em: 03 mar. 2021.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *PCA Arbitration Rules 2012*. Disponível em: <https://docs.pca-cpa.org/2015/11/PCA-Arbitration-Rules-2012.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2021.

CRONSTEDT, Claes; EIJSBOUTS, Jan; MARGOLIS, Adrienne; SCHELTEMA, Martijn; THOMPSON, Robert C.; RATNER, Steven. *International Arbitration of Business and Human Rights: a step forward*. 2017. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/16/international-arbitration-business-human-rights-step-forward/>. Acesso em: 26 jun. 2021.

DRIMMER, Jonathan. *Draft Business and Human Rights Treaty, take 3*. Disponível em: <https://www.paulhastings.com/publications-items/blog/international-regulatory-enforcement/international-regulatory-enforcement/2020/08/20/draft-business-and-human-rights-treaty-take-3>. Acesso em: 20 set. 2020.

ELEMENTS PAPER ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS ARBITRATION. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/01/Elements-Paper_INTERNATIONAL-ARBITRATION-OF-BUSINESS-AND-HUMAN-RIGHTS-DISPUTE.font12.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

FACHIN, Melina Girardi *et al.* Ponto cego do Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma superação do paradigma estatocêntrico e a responsabilidade internacional de empresas violadoras de direitos humanos. *Homa Publica: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, Curitiba, v. 01, n. 01, p. 1-18, 30 nov. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30423>. Acesso em: 08 ago. 2021.

FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy. *Sur, Revista internacional de direitos humanos*. São Paulo, v. 6, n. 11, p. 174-191, Dec. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 Maio 2020.

FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem no Brasil: evolução histórica. *Revista Internacional Consinter de Direito*, [S.L.], v. 10, n. 10, p. 427-444, 30 jun. 2020. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-vi-numero-x/capitulo-03-direito-privado/arbitragem-no-brasil-evolucao-historica/>. Acesso em: 09 fev. 2021.

FOE. *Um Guia para as Diretrizes: uma orientação prática para indivíduos, comunidades e ONGs sobre as Diretrizes da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) para Empresas Multinacionais*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/guias/dh/guia_diretrizes_ocde_ongs_multis.pdf. Acesso em: 21 set. 2020.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não-estatais. *Revista de Direito Internacional*. Vol. 12, n. 1, 2015, pp. 395-414. Disponível em:

<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3303>. Acesso em: 28 abr. 2020.

FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA. *Segunda Conferência da Paz*. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/interna.php?ID_S=298&ID_M=773. Acesso em: 03 mar. 2021.

GUEDES, Henrique Lenon Farias. *Arbitragem e direitos humanos em outro conto da Haia*. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-e-direitos-humanos-em-outro-conto-da-haia-05122019. Acesso em: 07 ago. 2021.

HCCH. *Sobre a HCCH*. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/about>. Acesso em: 13 set. 2021.

HISTORY 1923-1958. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/travaux+preparatoires/history+1923+--+1958>. Acesso em: 21 mar. 2021.

ICSID. *ASIAN AGRICULTURAL PRODUCTS LTD. (AAPL) v. REPUBLIC OF SRI LANKA CASE No. ARB/87/3*. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/96>. Acesso em: 13 set. 2021.

ICSID. *ICSID Convention*. Washington DC, 1965. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations>. Acesso em: 13 set. 2021.

ICSID. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/07/26)*. Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

JUDICIAL ARBITRATION AND MEDIATION SERVICES CLASS ACTION PROCEDURES. Disponível em: <https://www.jamsadr.com/rules-class-action-procedures/>. Acesso em: 06 ago. 2021.

KALECK, Wolfgang; SAAGE-MAAB, Miriam. Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes: the status quo and its challenges. *Journal Of International Criminal Justice*, [S.L.], v. 8. n. 3. 01 Jul. 2010. Oxford University Press (OUP). pp. 701-702. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26652.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2020.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes. Tradução de Luís Carlos Borges.

LAZAREFF, Sarge. L'arbitrage singe ou comment assassiner l'arbitrage. *Global Reflections in International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*. ICC, 2005.

LEAGUE OF NATIONS. *Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards*. Geneva, 1927. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=549&chapter=30&clang=en>. Acesso em: 13 jan. 2021.

LEAGUE OF NATIONS. *Protocol on arbitration clauses*. Geneva, 1923. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=549&chapter=30&clang=en>. Acesso em: 13 jan. 2021.

MATTOS, José Dalmo Fairbanks Belfort de. *A cláusula de arbitramento compulsório de litígios, nos tratados interamericanos*. 1954. Tese apresentada à VIII Conferência Interamericana de Advogados. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:SYRCe-Xf5o0J:https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/6231/4447+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 09 fev. 2021.

MILES, Wendy J.; MALLETT, Daisy. The Abyei Arbitration and the Use of Arbitration to Resolve Inter-state and Intra-state Conflicts. In: *Journal of International Dispute Settlement*. Vol. 1. N. 2, 2010. Disponível em: <https://academic.oup.com/jids/article-abstract/1/2/313/902972>. Acesso em: 11 ago. 2021.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Prefácio. In: FRANCA, Marcílio; MIALHE, Jorge; JOB, Ulisses. *Epitácio Pessoa e a Codificação do Direito Internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Ed., 2013.

OCDE. *Linhas Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais*. Disponível em: <https://www.oecd.org/corporate/mne/38110590.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

OIT. *Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo (Declaração da Filadélfia)*. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 05 ago. 2020.

OIT. *Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Políticas Sociais*. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227046.pdf. Acesso em: 18 jul. 2020.

OS 10 PRINCÍPIOS. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/10-principios>. Acesso em: 12 set. 2021.

PACTO DA SOCIEDADE DAS NAÇÕES. Versalhes, 1919. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Internacionais-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-1919-a-1945/pacto-da-sociedade-das-nacoes-1919.html>. Acesso em: 08 ago. 2021.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *History*. Disponível em: <https://pcca.org/en/about/introduction/history/>. Acesso em: 16 jan. 2021.

PESSOA, Epiácio. *Projeto de código de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Impr. Nacional, 1911. p. 153. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/323>. Acesso em: 13 Set. 2021.

PIOVESAN, Flávia Cristina; GONZAGA, Victoriana. EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS: desafios e perspectivas à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região*, v. 31, n. 1, p. 11-28, 2019. Disponível em: <https://trf1.emnuvens.com.br/trf1/article/view/9>. Acesso em: 04 maio 2020.

RAMOS, André Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RUGGIE, John. *JUST BUSINESS: multinational corporations and human rights*. 1. ed. New York: W. W. Norton & Company, Inc., 2013.

SALIENT BHR ISSUES IN THE HAGUE RULES ON BHR ARBITRATION. The Hague, 2019. Disponível em: <https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2020/06/Salient-BHR-issues-in-The-Hague-Rules-on-BHR-Arbitration-S.Ratner-U.Kriebaum.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

SAUVANT, Karl P. The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned. *Journal of World Investment and Trade*, v. 16 (2015). (2015). pp. 11-87. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2991265. Acesso em: 21 abr. 2020.

SEINDBERG. International Arbitration loses its grip: Are US lawyers to blame? *ABA Journal*: 2010. p. 51.

SHAW, Malcolm. *International Law*. 8. ed. Cambridge University Press: United Kingdom, 2017.

STANARO, Kathleen. *The Evolving Role of Human Rights in International Arbitration*. 2019. Disponível em: <http://aria.law.columbia.edu/the-evolving-role-of-human-rights-in-international-arbitration/>. Acesso em: 26 jun. 2021.

SUPPLEMENTARY RULES FOR CLASS ARBITRATIONS. Disponível em: https://www.adr.org/sites/default/files/Supplementary_Rules_for_Class_Arbitrations.pdf. Acesso em: 06 ago. 2021.

THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. The Hague, 2019. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 17 ago. 2021.

UN GLOBAL COMPACT. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/>. Acesso em: 12 set. 2021.

UNCTAD. *Sri-Lanka – Switzerland BIT (1981)*. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/2962/sri-lanka---switzerland-bit-1981->. Acesso em: 13 set. 2021.

UNITED NATIONS. *A/HRC/26/L.22/Rev.1*. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G14/058/99/PDF/G1405899.pdf?OpenElement>. Acesso em: 20 set. 2020.

UNITED NATIONS. *Charter of the United Nations*. San Francisco, 1945. Disponível em: <https://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/>. Acesso em: 04 maio 2020.

UNITED NATIONS. *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*. New York, 1958. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028002a36b>. Acesso em: 13 jan. 2021.

UNITED NATIONS. *International Centre for Settlement of Investment Disputes Convention*. Washington DC, 1965. Disponível em:

<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2021.

UNITED NATIONS. *International Centre for Settlement of Investment Disputes Convention*. Washington DC, 1965. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2021.

UNITED NATIONS. *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

UNITED NATIONS. *Statute of the International Court of Justice*. San Francisco, 1945. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/statute>. Acesso em: 13 Set. 2021.

UNITED NATIONS. *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. New York, 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_en.pdf. Acesso em: 22 abr. 2020.

UNITED NATIONS. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*. New York, 1985. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671_ebook.pdf. Acesso em: 13 jan. 2021.

UNITED NATIONS. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006*. New York, 2006. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf. Acesso em: 13 jan. 2021.

UNITED NATIONS. *United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules*. New York, 1976. Disponível em: <https://www.jus.uio.no/lm/un.arbitration.rules.1976/>. Acesso em: 13 jan. 2021.

URBASER S.A. AND CONSORCIO DE AGUAS BILBAO BIZKAIA, BILBAO BISKAIUA UR PARTZUERGOA V. THE ARGENTINE REPUBLIC, ICSID CASE No. ARB/07/26. Disponível em: <https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/18/urbaser-v-argentina/>. Acesso em: 13 set. 2021.