

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO

Luana Helena Alves dos Anjos Almeida

Matrícula 11/0034651

**Responsabilidade compartilhada entre multinacionais e  
Estados: uma análise no âmbito do ICSID**

Brasília/DF

2015

Luana Helena Alves dos Anjos Almeida

Responsabilidade compartilhada entre multinacionais e Estados: uma análise no  
âmbito do ICSID

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília como  
requisito parcial para a obtenção do título  
de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. George Rodrigo  
Bandeira Galindo

Brasília

2015

Luana Helena Alves dos Anjos Almeida

Responsabilidade compartilhada entre multinacionais e Estados: uma análise no  
âmbito do ICSID

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília como  
requisito parcial para a obtenção do título  
de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. George Rodrigo  
Bandeira Galindo

---

Prof. Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo  
Orientador

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Inez Lopes Matos Carneiro de Farias  
Membro da banca examinadora

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Renata Vargas Amaral  
Membro da banca examinadora

---

Doutorando Luís Paulo Bogliolo Piancastelli de Siqueira  
Membro suplente da banca examinadora

Brasília, dezembro de 2015

## **Agradecimentos**

À minha mãe, pelo amor e paciência e por ser meu eterno exemplo. Em você sempre encontrei apoio, carinho, incentivo e um colo nos momentos de maior fraqueza. Com você aprendi a amar a academia desde o ventre e com você todas as nossas pequenas conquistas são motivo de felicidade.

À minha família, em especial meus tios e meu avô, por todo suporte e cuidado ao longo de toda essa trajetória. Vocês foram e são essenciais, mesmo que eu não diga isso com frequência.

Aos meus amigos queridos, tanto aqueles que estão comigo desde o ensino fundamental como aqueles que a Faculdade de Direito me presenteou. Com vocês tudo fica mais leve e colorido. Obrigada por entenderem minhas ausências, aguentarem as mudanças de humor e compreenderem o inevitável estresse que às vezes surgia.

À Turma 100 da Faculdade de Direito, a qual integro com grande orgulho e contribuiu muitíssimo para o meu crescimento pessoal e intelectual.

À Biblioteca do Conselho da Justiça Federal, por toda a ajuda ao longo da minha trajetória acadêmica. Agradeço imensamente a todas as bibliotecárias pelo auxílio em pesquisas e pela consecução de artigos e livros. Espero continuar contando com vocês ao longo dos próximos caminhos que pretendo trilhar.

Ao Grupo de Pesquisa Crítica e Direito Internacional, por me acolherem e me guiarem nos meus primeiros passos nessa área pela qual tenho imensa paixão, que é o direito internacional.

Aos meus colegas de profissão do Ministério das Relações Exteriores, do Supremo Tribunal Federal e do escritório Mendes e Nagib Advogados por todos os ensinamentos compartilhados.

Ao Pingo, meu companheiro de estudos, por ouvir meus enfadonhos discursos jurídicos e ainda assim me amar incondicionalmente.

## Resumo

Inserido no debate sobre responsabilidade internacional, este trabalho tem como premissa a existência de um vácuo legislativo no tocante à responsabilização de multinacionais. Assim, a partir do conceito de responsabilidade compartilhada, que até o momento é somente uma criação doutrinária, são trazidas limitações do modelo atual de responsabilidade, principalmente no tocante à responsabilização de entes privados, de modo a apresentar esse novo conceito como uma possível via para abordar questões não abrangidas pelo modelo de responsabilidade internacional vigente.

A metodologia adotada, com vista a dar plausibilidade a discussão, foi a análise de casos do ICSID com o objetivo de questionar se há aplicabilidade deste conceito em seu âmbito de atuação.

**Palavras-chave:** responsabilidade internacional, responsabilidade compartilhada, multinacionais, ICSID, CIRDI.

*« Un homme combattra plus pour ses intérêts que pour ses droits. »*

Napoleão Bonaparte

## Lista de Siglas

OCDE - Organização para Cooperação e Desenvolvimento

CDI – Comissão de Direito Internacional

DARS - Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts

DARIO - Draft Articles in the Responsibility of International Organizations

ICSID - International Centre for Settlement of Investment Disputes

CIRDI - Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos

OSC – Órgão de Solução de Controvérsias

OMC – Organização Mundial do Comércio

UNCTAD - Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento

CIJ – Corte Internacional de Justiça

TWAIL – Third World Approaches to International Law

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ATS - Alien Tort Statute

OIs – Organizações Internacionais

ONU – Organização das Nações Unidas

TIBs – Tratados Bilaterais de Investimentos

UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law

TANESCO - Tanzania Electricity Supply Company Limited

IPTL - Independent Power Tanzania Limited

SCB HK - Standard Chartered Bank Hong Kong

SODIGA - Sociedad para el Desarrollo industrial de Galicia

ECCHR - European Center for Constitutional and Human Rights

PPA - Power Purchase Agreement

BAPEX - Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited

## Sumário

<b>Introdução .....</b>	<b>7</b>
<b>1. Limitações do modelo atual de responsabilidade internacional .....</b>	<b>10</b>
1.1. Delimitações conceituais .....	10
1.2. Limitações às multinacionais .....	11
1.3. A responsabilidade independente e exclusiva .....	13
1.3.1. Atribuição de condutas .....	14
1.4. Inexistência de fóruns competentes .....	20
1.4.1. Jurisdições nacionais .....	23
1.5. Delimitação qualitativa de responsabilidade .....	24
<b>2. Responsabilidade compartilhada .....</b>	<b>27</b>
2.1. Delimitações conceituais .....	27
2.2. Possibilidades .....	29
2.3. Delimitação quantitativa de responsabilidade .....	32
2.3.1. Implicações políticas sob a perspectiva terceiro-mundista .....	34
<b>3. O ICSID e a responsabilidade compartilhada .....</b>	<b>37</b>
3.1. Estrutura do ICSID .....	37
3.2. Uso do termo “responsabilidade compartilhada” .....	39
3.3. Casos .....	41
<b>4. Conclusão .....</b>	<b>49</b>
<b>5. Lista de casos .....</b>	<b>52</b>
<b>6. Referências bibliográficas .....</b>	<b>53</b>



## Introdução

O debate sobre responsabilidade internacional veio ganhando importância e contornos mais sólidos nas últimas décadas. Após cerca de 50 anos de discussões, em 2001 foi aprovado o Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts - DARS), elaborado pela Comissão de Direito Internacional (CDI) da Organização das Nações Unidas (ONU).

Como desdobramento dos debates sobre responsabilidade internacional, e ciente da multiplicidade crescente de atores não-estatais, em 2000, o tema da responsabilidade internacional das organizações internacionais foi incluído separadamente na pauta da CDI, culminando as discussões no atual Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional das Organizações Internacionais (Draft Articles in the Responsibility of International Organizations - DARIO), de 2011.

Ainda nesse contexto de ganho de importância das questões de responsabilização e reconhecimento, mesmo que controverso<sup>1</sup>, de novos atores não-estatais, empresas multinacionais têm aparecido com cada vez maior frequência na agenda dos organismos internacionais, com debates sobre diretrizes e formas de torná-las responsáveis por seus atos, na medida em que estes têm sido cada vez mais relevantes internacionalmente.

Nesse sentido, podemos citar algumas ações tomadas pelas Nações Unidas, como a iniciativa UN Global Compact, de 2001, para encorajar empresas a adotarem políticas de sustentabilidade e responsabilidade nas áreas de direitos humanos, trabalho, meio ambiente e anti-corrupção<sup>2</sup>. Em 2003, um grupo de trabalho em métodos de trabalho e atividades das corporações transnacionais formulou as Normas da ONU sobre as Responsabilidades das Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados com relação aos Direitos Humanos (Norms on the Responsibilities of Transnational Corporation and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003)). As normas foram aprovadas pela

---

<sup>1</sup> Nas palavras de James Crawford: "*The position so far as individuals, corporations, non-governmental organizations, and other groups are concerned is far less clear: just as it is doubtful whether they are in any meaningful sense 'subjects' of international law, so it doubtful whether any general regime of responsibility has developed to cover them.*" in CRAWFORD, James. 2003, p. 447.

<sup>2</sup> Ver site: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>

Subcomissão de Proteção e Promoção dos Direitos Humanos mas sofreram grande oposição, sobretudo de multinacionais, e foram rejeitadas em 2004 pelo Conselho de Direitos Humanos. Já em 2011, encabeçados pelo Representante Especial do Secretário-Geral para Negócios e Direitos Humanos, foram aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos os Princípios Norteadores para Empresas e Direitos Humanos (Guiding Principles on Business and Human Rights). E mais recentemente, na 26ª reunião do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, em junho de 2014, em Genebra, foi aprovada uma resolução para responsabilizar as empresas multinacionais pelas violações de direitos humanos cometidas no contexto de suas atividades.

No âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento (OCDE), em 2011, foi lançada a atualização de suas Diretrizes para Empresas Multinacionais, existentes desde 1977.

Há também um crescente número de livros e artigos discutindo a questão da responsabilidade internacional de empresas, sobretudo nas áreas de direitos humanos e direito ambiental, quase sempre apontando para a existência da responsabilidade em teoria, mas destacando a lacuna de ações de responsabilização prática.

Assim sendo, o que tem se visto é a crítica por parte da academia de que o atual arcabouço jurídico, baseado sobretudo na abordagem tradicional da responsabilidade de Estados, não é adequado para lidar com empresas em casos de violações de direito internacional<sup>3</sup>.

A partir da premissa de que a forma como a responsabilidade internacional está estruturada atualmente é incapaz de lidar com a latente questão da responsabilidade de empresas, este trabalho pretende apresentar o conceito de responsabilidade compartilhada como uma alternativa para o deslinde desse tema. Para tanto, e objetivando tornar menos abstrato o debate, serão analisados casos do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID ou CIRDI), questionando se é possível se concluir pela existência de uma responsabilidade compartilhada entre empresas e Estados em seu âmbito.

---

<sup>3</sup> Ver D 'ASPROMONT et al., *Sharing Responsibility Between Non-State Actors and States in International Law: Introduction*, 2015.

Uma eventual constatação no sentido da responsabilização compartilhada de uma empresa e de um Estado pode ser um meio eficiente para colocar em prática as reiteradas demandas para uma efetiva responsabilização de empresas no âmbito do direito internacional público.

O ICSID é um órgão propício para a pesquisa, uma vez que a Convenção de Washington permitiu a criação de um foro internacional para a solução de disputas relativas a investimentos com a atuação dos investidores (empresas) como demandantes ou demandados, ao tratar das disputas decorrentes dos tratados bilaterais entre estes e Estados. Desse modo, por vezes, para a instauração da disputa perante o Centro, faz-se necessário discutir a questão da *atribuição*. Isto é, como uma das partes deve ser sempre um Estado<sup>4</sup>, preliminarmente é necessário decidir se os fatos que originaram a lide também estão de algum modo conectados a um Estado-parte, de forma que este possa vir a ser parte legítima na disputa.

Como veremos adiante, esse é um dos únicos órgãos internacionais de solução de controvérsias que permite a participação de empresas no polo passivo.

Assim sendo, é diante deste quadro de imperatividade de participação de Estados e empresas como partes legítimas para a instauração da disputa que analisaremos se é possível falar na formação da aqui chamada responsabilidade compartilhada entre uma empresa e um Estado no âmbito do ICSID.

---

<sup>4</sup> O Centro não tem jurisdição sobre disputas entre dois entes particulares, conforme o art. 25 (competência *ratione personae*) da Convenção sobre Resolução de Conflitos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados.

## 1. Limitações do modelo atual de responsabilidade internacional

### 1.1. Delimitações conceituais

Antes de avançarmos, deve ser delimitado o conceito de *multinacional* aqui adotado. Também frequentemente chamadas de corporações transnacionais, inclusive em documentos oficiais das Nações Unidas, para os fins deste trabalho multinacionais são empresas de negócios internacionais, com controle centralizado, que podem ou não ser organizadas sob a forma de redes de participação acionária (tradução livre)<sup>5</sup>. Foi propositalmente escolhido um conceito amplo para abarcar um espectro maior de possibilidades de existência de responsabilidade compartilhada entre multinacionais e Estados, mas existe uma série de conceitos enfatizando características diferentes<sup>6</sup>.

Um outro conceito particularmente interessante de transnacional e que também enfatiza algumas das características que são relevantes para este trabalho, como a possibilidade de ter capital estatal, é a formulada pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD):

*“A TNC é uma empresa, que independente do seu país de origem e de sua propriedade, podendo ser privada, pública ou mista, compreendida por entidades locais em dois ou mais países, ligadas por controle acionário ou não, de forma que uma ou mais dessas entidades possam exercer influência significativa sobre a atividade das demais e, em particular, para dividir conhecimento, recursos e responsabilidades umas com as outras. TNCs operam sobre um sistema de tomada de decisões que permitem políticas coerentes e estratégias comuns por meio de um ou mais centros de decisões.[...] Para o propósito de trabalho, a UNCTAD considera TNC uma entidade que controla ativos no exterior”.*<sup>7</sup>

Empresas possuem obrigações e direitos internacionalmente reconhecidos, como direitos de ordem econômica previstos nas normas da OMC e dever de respeitar as normas *jus cogens*<sup>89</sup>. Desse modo, toma-se como pressuposto

---

<sup>5</sup> Hansen, 2009, p. 4.

<sup>6</sup> Malcolm Shaw, por exemplo, define corporações transnacionais como “*organizações empresariais privadas que compreendem várias entidades jurídicas ligadas entre si por uma sociedade-mãe, e distinguem-se pelo tamanho e propagação multinacional*” (SHAW, Malcolm, 2004, p. 224). Note-se que não é um conceito muito distinto em essência, mas não foi aqui escolhido em função da delimitação como empresa privada, uma vez que, como se verá, a participação estatal no controle acionário de multinacionais será especialmente relevante na análise de alguns casos do ICSID.

<sup>7</sup> UNCTAD.

<sup>8</sup> “A norma do *jus cogens* é aquela norma imperativa de Direito Internacional geral, aceita e reconhecida pela sociedade internacional em sua totalidade, como uma norma cuja derrogação é

que elas também incorrem em responsabilidade internacional, uma vez que são capazes de agir no âmbito do direito internacional, inclusive praticando violações, que devem ser apuradas, mesmo que ainda não haja um consenso final quanto a sua personalidade jurídica, o que será rememorado quando necessário ao longo deste trabalho.

Outro conceito que precisa ser delimitado é o de responsabilidade internacional, será feita referência à responsabilidade dos Estados porque é a partir dela que os demais casos são construídos. Malcolm Shaw aponta as seguintes características em seu livro *International Law* ao se referir a responsabilidade internacional de Estados:

*“[f]irst, the existence of an international legal obligation in force as between two particular states; secondly, that there has occurred an act or omission which violates that obligation and which is imputable to the state responsible, and finally, that loss or damage has resulted from the unlawful act or omission.”<sup>10</sup>*

Como se observa, trata-se, portanto, é necessário primeiramente a existência de uma obrigação legal internacional, que normalmente decorre de um tratado internacional ou das normas consuetudinárias. Considerando que as características acima não se aplicam somente aos Estados, mas a outros sujeitos que possam vir a ser responsáveis internacionalmente, essa característica é essencial para diferenciar da responsabilidade interna, afeita às jurisdições nacionais, pois estas derivam de leis nacionais, ou da responsabilidade contratual, decorrente de um documento privado estabelecido entre dois ou mais contratantes.

É interessante notar que as obrigações internacionais de cada sujeito são diferentes, uma vez que não existe um único “código de direito internacional”, e cada Estado é signatário de um conjunto distinto de tratados bilaterais e multilaterais, sendo poucos os tratados em que todos os Estados são signatários<sup>11</sup>.

## **1.2. Limitações às multinacionais**

A responsabilidade internacional nos moldes atuais tem como sujeito primário de todas as discussões o Estado, isso devido ao próprio desenvolvimento

---

proibida e só pode sofrer modificação por meio de outra norma da mesma natureza.” (Art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados)

<sup>9</sup> Ver HANSEN, 2009, capítulos 2 e 3.

<sup>10</sup> SHAW, Malcolm. 2004, p. 696

<sup>11</sup> CRAWFORD, James; OLLESON, Simon. 2003, p. 449

histórico do direito internacional. Assim, é principalmente neste ente que recai o encargo de cumprimento com as normas internacionais<sup>12</sup>, também por ser visto normalmente como aquele com maior capacidade para remediar as eventuais violações (este ponto é criticável e será oportunamente discutido no item 1.5).

No entanto, diante do já citado cenário de aumento da participação de entes não-estatais no direito internacional e nas discussões sobre responsabilidade internacional, além do ganho da sua relevância em termos políticos e, principalmente, econômicos, percebe-se que o modelo atual de responsabilidade não possui uma estrutura, um arcabouço teórico com base no qual entes não-estatais possam ser responsabilizados por violações de direito internacional – individualmente ou de forma conjunta<sup>13</sup>.

Inexistindo um projeto de artigos sobre responsabilidade de empresas ou qualquer tipo de marco teórico diretamente aplicável, a possibilidade disponível atualmente é uma análise crítica através dos documentos já existentes de responsabilização de Estados e OIs para uma eventual aplicação para as multinacionais, ou seja, abarcando-as com os instrumentos existentes. Assim, a possibilidade que se cogita neste trabalho é que essas corporações possam ser responsabilizadas conjuntamente com o Estado, dando origem a uma *responsabilidade compartilhada*.

D'Aspremont, Nolkaemper, Plakokefalos e Ryngaert em seu artigo *Sharing Responsibility Between Non-State Actors and States in International Law: Introduction* listam uma série de cenários em que seria possível a aplicação dessa responsabilidade compartilhada, entre eles a falha conjunta de empresas e Estados no compromisso de redução de gases estufa, violações de direitos humanos cometidas por companhias militares privadas às quais um Estado tenha delegado poderes, violações de ordem econômica e humanitária cometidas por parcerias público-privadas em setores de energia (por exemplo, falha ao garantir o acesso a energia elétrica), entre outros<sup>14</sup>. Essa última hipótese nos será particularmente relevante ao analisar os casos do ICSID.

Nos próximos tópicos, pretende-se abordar as limitações do formato atual de responsabilidade internacional que impedem uma maior responsabilização de

---

<sup>12</sup> CRAWFORD, James. 2003, p. 446.

<sup>13</sup> D'ASPREMONT et al., 2015, p. 53.

<sup>14</sup> Idem, p. 53.

entes não-estatais, para, então, apresentar conceitualmente a responsabilidade compartilhada, com vistas a questionar se essa é uma alternativa viável.

Deste modo, neste capítulo, primeiramente será abordado o princípio da responsabilidade independente e exclusiva expressa no art. 1º do DARS e sua correlação com a questão da atribuição de condutas, prevista no Capítulo II do mesmo documento. Em seguida, tratar-se-á da questão da inexistência de fóruns competentes para lidar com a responsabilidade de multinacionais e as limitações de ordem procedimental existentes. Por fim, entraremos no problema da delimitação qualitativa da responsabilidade internacional, isto é, qual a relevância, interesse e capacidade de se atribuir prioritariamente a responsabilidade por determinadas ofensas a Estados em detrimento das multinacionais.

### **1.3. A responsabilidade independente e exclusiva**

Conforme posto na primeira sentença dos Comentários ao art. 1º do DARS: *“Article 1 states the basic principle underlying the articles as a whole, which is that a breach of international law by a State entails its international responsibility”*<sup>15</sup>. Assim, o princípio básico do DARS consiste em uma responsabilidade independente e exclusiva do Estado pelas suas próprias condutas. A possibilidade de o Estado ser responsável por uma violação não cometida por ele ou dessa responsabilidade não ser independente foi vista como excepcional, não abarcada, portanto, pela regra geral constante no primeiro artigo. Há, obviamente, a possibilidade da atribuição de conduta, tratada no Capítulo II do DARS, que também possui suas limitações, conforme será discutido adiante.

Esse princípio foi aplicado nas poucas oportunidades em que a Corte Internacional de Justiça (CIJ) teve para se manifestar sobre a responsabilidade entre vários Estados, que foram o Caso Canal de Corfu<sup>16</sup> e o Caso Concernente a Certas Terras de Fosfato em Nauru<sup>17</sup>. Em ambas as vezes a Corte aplicou o princípio da responsabilidade independente, sem cogitar de uma responsabilidade compartilhada.

---

<sup>15</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2001

<sup>16</sup> Corfu Channel (United Kingdom v. Albania) (1947-1949)

<sup>17</sup> Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Austl.), Preliminary Objections, Judgment, 1992 I.C.J. 240, ¶ 48

O princípio da responsabilidade independente não é, no entanto, um empecilho para a responsabilidade compartilhada, uma vez que dois casos de responsabilidade independente podem cominar em uma única violação, e então serem tratadas como um caso de responsabilidade compartilhada<sup>18</sup>.

Como estamos discutindo a possibilidade de responsabilização de multinacionais por ilícitos internacionais, o empecilho aqui, na verdade, é que o mecanismo no qual a responsabilidade independente é baseada é a atribuição de conduta. A atribuição serve para identificar a conduta, que pode estar relacionada ao Estado, e assim potencialmente gerar a sua responsabilidade<sup>19</sup>. Nos comentários ao Capítulo II do DARS, referente à atribuição de condutas a um Estado é dito que:

*“In theory, the conduct of all human beings, corporations or collectivities linked to the State by nationality, habitual residence or incorporation might be attributed to the State, whether or not they have any connection to the Government. In international law, such an approach is avoided, both with a view to limiting responsibility to conduct which engages the State as an organization, and also so as to recognize the autonomy of persons acting on their own account and not at the instigation of a public authority.”<sup>20</sup>*

A questão, como supracitado, é que a atribuição da conduta de uma corporação a um Estado pode ser particularmente difícil no direito internacional, conforme debateremos no próximo subtópico.

### **1.3.1. Atribuição de condutas**

A própria incerteza sobre a existência de responsabilidade internacional de multinacionais e a inexistência de normas primárias vinculando diretamente esses entes não-estatais a compromissos de não violação de normas internacionais faz com que a via da atribuição de conduta de empresas a Estados seja naturalmente vista como uma opção de responsabilização numa abordagem clássica.

O DARS dá algum destaque ao tema, o qual é tratado nos artigos 5 a 11, imputando a conduta do ente não-estatal ao Estado sempre que houver uma relação

---

<sup>18</sup> NOLLKAEMPER, A. 2012. p. 203.

<sup>19</sup> KARAVIAS, M. 2015., p. 6.

<sup>20</sup> CDI, 2001, p. 9.



de vinculação entre os dois, podendo ser tanto a existência de poderes de direção ou controle, como a atribuição de elementos de autoridade governamental<sup>21</sup>.

A questão é que a atribuição de condutas já se mostrou extremamente problemática no âmbito do direito internacional, vide o relevante debate entre os conceitos de “*effective control*” e “*overall control*”, usados respectivamente nos casos Nicarágua, julgado pela Corte Internacional de Justiça, e Tadic, julgado pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia.

Assim sendo, o reconhecimento da existência das condições necessárias para a atribuição de conduta, enquadrando situações nesse modelo tradicional de responsabilidade, pode ser muito difícil ou quase impossível, uma vez que se trata de uma via bastante estreita, como demonstram os próprios comentários aos artigos pertinentes ao tema do DARS.

Enfatizando essa dificuldade de atribuição de conduta de uma multinacional a um Estado, é válido citar a afirmação de James Crawford: “*purely private acts will not engage the State’s responsibility, although the State may in certain circumstances be liable for its failure to prevent those acts, or to take action to punish the individuals responsible*”<sup>22</sup>,

Conclui-se, portanto, que o modelo de responsabilidade atual tem como princípio base a responsabilidade independente do Estado por seus próprios atos. Isso ocorre através do mecanismo da atribuição de conduta uma vez que a conduta considerada ilícita internacionalmente deve ser atribuível ao Estado para ensejar sua responsabilidade, e isso ocorre em situações-limite, em que se reconhece um vínculo de domínio ou controle, ou se tratando de ator com alguma autoridade governamental, reconhecido como agente estatal. Nesse cenário, atribuir a conduta de uma multinacional que viole normas de direito internacional a um Estado é extremamente difícil.

Além disso, como exposto anteriormente, relaxar essas normas de atribuição não é a tendência do direito internacional na forma como posto no DARS, uma vez que pode perigosamente gerar uma confusão entre as esferas privada e pública, levando a uma expansão indesejada, principalmente por parte das próprias multinacionais, do escopo da responsabilidade internacional<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> D ’ASPREMONT et al., 2015, p. 54.

<sup>22</sup> CRAWFORD, James. 2003, p. 455.

<sup>23</sup> D ’ASPREMONT et al., 2015, p. 54-55.

Há ainda uma questão de ordem prática e com implicações políticas no que diz respeito a qual Estado será atribuída a responsabilidade de determinada multinacional, isto é, se a conduta violadora de direito internacional deve ser atribuída ao Estado em que a ação ocorreu ou ao Estado em que está a sede da multinacional.

Essa problemática diz respeito à atuação inerente das multinacionais e à forma como a economia mundial está estruturada, em que as grandes empresas têm sede nos países de primeiro mundo e possuem braços atuantes nos países de terceiro mundo, onde geralmente ocorrem as violações de direito internacional<sup>24</sup>.

Além disso, há geralmente uma disparidade de poder, em função do poderio econômico de determinadas multinacionais, em relação ao país de terceiro mundo no qual estão atuando, de modo que a empresa obtém vantagem dessa situação, muitas vezes através da corrupção, influenciando políticas públicas de modo a se beneficiar desrespeitando normativas internas e internacionais de direito ambiental, trabalhista e/ou econômico e, conseqüentemente, violando normas de direito internacional. Assim, existiria a obrigação por parte do Estado hospedeiro de regular a atuação dessas corporações em seu território com vista a não se tornar conivente com eventuais ilegalidades. Ademais, há uma crescente demanda para que o Estado materno também aja, de modo a respeitar o dever geral (*due diligence*) sob o direito internacional de não causar danos além de seu território - no entanto, não há base legal para determinar essa regulação por parte de um Estado das empresas sediadas em seu território quanto às medidas tomadas em um outro país.

Mesmo que se conclua que há responsabilidade por parte de ambos os Estados, há desafios para a atribuição de condutas perpetradas por multinacionais a cada um deles.

Com relação ao Estado hospedeiro, é mais fácil de visualizar as regras dos artigos 5 a 9 do DARS<sup>25</sup> sendo aplicadas. Cogita-se aqui de empresas com participação acionária do Estado, de modo que este detém parcela de autoridade deferida por aquele ou que é de fato dirigida pelo governo (arts. 5 e 8 do DARS), ou

---

<sup>24</sup> A escolha dos termos primeiro mundo e terceiro mundo está relacionada com as críticas das TWAIL. Nesse sentido, ver MUTUA, Makau. What is TWAIL? 94 Am. Soc'y Int'l L. Proc. 31, 2000.

<sup>25</sup> Esses artigos em síntese dispõem sobre: Art. 5: Conduta de pessoas ou entidades exercendo elementos da autoridade governamental; Art. 6: Conduta de órgãos colocados à disposição de um Estado por outro Estado; Art. 7: Excesso de autoridade ou contrariedade a instruções; Art. 8: Conduta dirigida ou controlada por um Estado; Art. 9: Conduta realizada na ausência ou falha de autoridades oficiais. (DARS)

de acordos bilaterais de investimentos em que é delegada a uma empresa, em função dos termos da cooperação, a autoridade para decidir acerca de questões envolvendo o objeto do acordo (hipótese esta que será tratada no âmbito do ICSID). Nesses casos, o que ocorreria, em função da responsabilidade independente, seria exatamente o reconhecimento do ato violador como pertencente ao Estado e tão somente a ele, de modo que perante o direito internacional a empresa estaria impune. É possível se cogitar de eventuais ações de regresso no âmbito do direito interno, mas se questiona também qual o alcance ou até mesmo a possibilidade de ajuizamento desse tipo de ação em Estados falidos, que não detêm controle sobre o território em que a multinacional está atuando ou excessivamente dependentes dos investidores externos.

A atribuição de conduta ao Estado de origem da empresa é mais complexa de se vislumbrar, uma vez que não haveria essa parcela de poder estatal atribuída ao ente privado ou o controle gerencial do Estado requeridos pelo DARS, exceto se pensarmos em uma multinacional com participação estatal, como seria a Petrobras, por exemplo. Além disso, a atribuição de condutas a um Estado deve ser determinada por critérios definidos pelo direito internacional, não bastando um mero reconhecimento de um *link* de causalidade factual<sup>26</sup>, isso a tal ponto que os Comentários do DARS determinam expressamente que um Estado não é responsável pelas condutas de pessoas ou entes em circunstâncias não cobertas pelo Capítulo II<sup>27</sup>.

Assim, por mais que eventuais lucros advindos da violação de direito internacional cometida pela multinacional em outro país sejam remetidos ao Estado-sede e esse é o ente estatal que se beneficiará, ele não possui parcela de responsabilidade nos termos do Capítulo II do DARS, de modo que este não tem motivos ou incentivos para direcionar sanções ou mesmo regular as atividades exercidas pelas empresas registradas em seu território com relação a atos externos.

Além disso, violações de direitos humanos e ambientais que ocorrem dentro de um mesmo país mas com claro envolvimento transnacional, em função da empresa causadora, muitas vezes não são considerado como violação de direito internacional. No caso do direito ambiental, Sara Seck explica:

---

<sup>26</sup> Sobre o assunto, ver FRY, James. 2014.

<sup>27</sup> Idem, p. 39.

*“The spatial category of harm that is the focus of this article is often not recognized by international environmental law scholars. It is, however, identified by Xue Hanquin, who, citing Ballarino, defines transnational harm as arising where the ‘activity and physical damage all occur within one country’, but nevertheless there is clearly ‘a transnational involvement’ as: ‘capital (including technological know-how) has been exported from another country in order to make possible the activity which has caused environmental damage and, presumably, any profits realized from such exported capital will be returned in one way or another to its country of origin’”<sup>28</sup>.*

Assim, a responsabilidade internacional na forma como está estruturada atualmente não prevê danos decorrentes de envolvimento estrangeiro como uma violação de direito internacional. E mais ainda, não considera que haja qualquer tipo de responsabilidade de prevenir ou remediar eventuais danos por parte do Estado materno da multinacional nesses casos<sup>29</sup>. Ao contrário, sob o fundamento de que intervenções dessa ordem seriam consideradas formas de neo-colonialismo e ofensas à soberania e que prejudicariam os Estados de terceiro-mundo ao dificultar o interesse do investidor estrangeiro que quer se instalar nesse outro país, países de primeiro mundo são eximidos de responsabilidade.

A questão, porém, não é tão simples ao se opor desenvolvimento para os países de terceiro mundo e a agenda ambientalista, conforme aponta Sara Seck fazendo uma análise sob a perspectiva das TWAIL:

*“Questioning development discourse raises doubts about international law’s assumption that host states can effectively regulate to prevent and remedy domestic environmental harm in the first place. While the story of international trade and competitive advantage tells of how poor host states voluntarily choose lower environmental standards in order to attract foreign direct investment and thereby increase economic growth and “development”, the reality is that Third World states have never experienced the sovereign equality presumed to be foundational under international law. [...] As the World Bank has since evolved to embrace an environmental and social agenda as a direct result of the resistance by subaltern social movements, it could be said that Third World states have never had true sovereignty with regard to environmental or human rights either.*

*[...]*

*This lack of environmental and social sovereignty is even more evident given that bilateral investment treaties provide investors with a right to sue for regulatory expropriation, thus undermining the ability of the host state to regulate in keeping with the public interest of protection of human rights and the environment”<sup>30</sup>.*

---

<sup>28</sup> SECK, Sara, 2001, p. 176.

<sup>29</sup> Idem, p. 180.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 188-189.

O que se conclui é que o debate sobre a atribuição de responsabilidade ao país materno das multinacionais gera uma questão de difícil solução do ponto de vista das TWAIL. Enquanto acadêmicos das TWAIL demonstram ter bons motivos para suspeitarem das implicações coloniais de uma regulação unilateral que irá afetá-los, a recusa do direito internacional em abordar a seriedade universal de violações locais também é igualmente suspeita<sup>31</sup>. Responder a esse questionamento está além do escopo deste trabalho, mas aponta outra limitação do modelo atual de responsabilidade.

A questão da atribuição de responsabilidade ao Estado materno da multinacional é particularmente interessante quanto ao ICSID devido às suas regras de determinação da nacionalidade de pessoa jurídica para fins de competência do Centro, expressas no art. 25, II, da Convenção de Washington.

*“A nacionalidade da pessoa jurídica é determinada pelo critério do lugar do seu registro – place of incorporation – ou pelo local da sede social – siège sociale – ou ainda, conforme a última parte do art. 25, II, b, pelo acordo entre o Estado litigante e a empresa estrangeira, a qual, apesar de ter a nacionalidade do Estado litigante, esteja sob controle estrangeiro. Esta última provisão justifica-se pela condição imposta muitas vezes ao investidor estrangeiro, pelo Estado receptor, de conduzir seus negócios por intermédio de uma empresa formada sob suas leis”<sup>32</sup>.*

Assim, no caso do ICSID há ainda a dificuldade de se definir qual seria esse Estado de origem a que se quer atribuir a responsabilidade pela conduta de uma multinacional.

De todo o modo, sendo atribuível a conduta de uma corporação a um Estado (e não a responsabilidade pela conduta), o resultado é que somente este será responsabilizado em função do princípio básico da responsabilidade independente e exclusiva, deixando impune, perante o direito internacional, a multinacional que cometeu originalmente a violação internacional, como mencionado, justificando assim eventuais críticas sobre a existência de lacunas de governança (*governance gap*) no direito internacional<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Ibidem, p.199.

<sup>32</sup> PEREIRA, Celso de Tarso. 1998. P. 89

<sup>33</sup> O representante especial das Nações Unidas para a área de negócios e direitos humanos, John Ruggie define *governance gap* como: *The root cause of the business and human rights predicament today lies in the governance gaps created by globalization - between the scope and impact of economic forces and actors, and the capacity of societies to manage their adverse consequences. These governance gaps provide the permissive environment for wrongful acts by companies of all kinds without adequate sanctioning or reparation.* (HANSEN, R. 2009, p. 1). Para maiores informações sobre *governance gap* ver: HANSEN, R. 2009.

#### 1.4. Inexistência de fóruns competentes

Ainda que se supere a estrutura normativa que privilegia a responsabilidade independente e exclusiva do Estado, com a atribuição de condutas a ele próprio, e se decida por incluir a multinacional como ente responsável por violações de direito internacional que ela cometa, há limites de ordem procedimental, sendo o mais claro deles a inexistência de fóruns aptos a julgar essas empresas.

Como exposto previamente, o direito internacional público está estruturado de modo a ter como seus principais atores os Estados, assim, os principais tribunais internacionais<sup>34</sup> têm jurisdição tão somente sobre entes estatais, como a Corte Internacional de Justiça, o Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio<sup>35</sup>, as cortes interamericana e europeia de direitos humanos e o Tribunal Permanente de Arbitragem. As principais exceções são os tribunais penais internacionais, com competência para julgar indivíduos.

No entanto, entendemos que existem dois organismos internacionais com capacidade para apreciar eventual responsabilidade de empresas, mesmo que não possuam caráter jurisdicional<sup>36</sup>. São eles a Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobretudo através da Comissão de Inquérito, e o ICSID, que prevê expressamente a participação de empresas como parte em disputas sobre investimentos no seu já citado art. 25, II, da Convenção de Washington.

Com relação à OIT, não se pode falar em responsabilização oficial ou aplicação de sanções a empresas; no entanto, por várias vezes, quando a organização se viu diante de alegações de violações que envolviam “especial participação” de corporações, estas foram investigadas pela Comissão de Inquérito, fornecendo informações e estabelecendo comunicações com a OIT. Um desses casos foi uma denúncia feita por Gana contra Portugal com alegação de violação à Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado de 1957, em que a multinacional Witwatersrand Native Labour Association Ltda estava envolvida no recrutamento de

---

<sup>34</sup> Entende-se aqui tribunais internacionais em sentido amplo e genérico, não necessariamente com poderes jurisdicionais, de modo a abarcar os tribunais arbitrais

<sup>35</sup> No caso do OSC da OMC há também a União Europeia como membro, constituindo uma exceção à regra de composição exclusiva por Estados, mas que ainda possui características primordialmente estatais, em comparação a multinacionais.

<sup>36</sup> Markos Karavias e Jean D’Aspremont e outros apontam ainda o Tribunal Internacional sobre Direito do Mar como uma exceção em função da Opinião Consultiva de 2011 da Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos em que, aparentemente, apontou-se para a possibilidade de responsabilização de atores privados. (D’ASPREMONT et al, 2015, p. 56)

trabalhadores em Moçambique para trabalhar em minas na África do Sul e foi chamada perante a Comissão para prestar esclarecimentos acerca das condições de recrutamento e de emprego com relação a esse serviço<sup>37</sup>.

O que se conclui é que, com relação à OIT, mesmo se tratando de uma organização composta somente por Estados, nos termos do artigo 1 da sua Constituição<sup>38</sup>, e sem a existência de um órgão com funções jurisdicionais e com competência explícita para apreciar eventuais violações de suas Convenções por parte de multinacionais, a Comissão de Inquérito não se absteve de investigar e buscar informações junto a empresas quando necessário. O que se argumenta é que o artigo 33, que prevê as sanções aplicáveis pela Organização, não necessariamente exclui entes privados<sup>39</sup>, ainda que a filiação destes à organização não esteja prevista, de tal modo que existiria um caminho de adaptação das normas procedimentais da OIT para incluir também multinacionais.

No entanto, deve-se ter em mente que ainda que se aceite a possibilidade de adaptações para responsabilizar empresas através das investigações da Comissão de Inquérito haveria ainda a etapa de verificação da *jurisdição* da OIT com relação a se o Estado de origem daquela empresa é signatário ou não da Convenção. E neste ponto corre-se o sério risco de voltar ao debate do item anterior, questionando se o vínculo de responsabilidade será estabelecido através do Estado de origem da empresa ou do Estado em que a multinacional está atuando e onde as violações trazidas à Comissão foram perpetradas.

Ainda que superado o obstáculo da inexistência atualmente de um fórum competente, também se deve debater o princípio da relatividade das convenções internacionais, consubstanciado no art. 34 da Convenção de Viena<sup>40</sup>, sob o qual um tratado só cria direitos e obrigações para os Estados que são parte dele. Isto é, caso se conclua pela existência de uma jurisdição capaz de apreciar as violações de direito internacional cometidas por multinacionais, também se aplicaria o voluntarismo, de modo que as empresas também teriam previamente que aceitar a competência de um organismo internacional para lhes julgar, como ocorre com os

---

<sup>37</sup> DAHAN, Yossi et al, 2013, p. 739.

<sup>38</sup> Ressalve-se que a OIT possui uma estrutura tripartite para deliberações, com participação de representantes do Estado, dos empregadores e dos empregados, apenas a tomada de decisões é restrita aos Estados. Trata-se da única Organização Internacional com este formato.

<sup>39</sup> Idem, p. 739-740

<sup>40</sup> Art. 34: Um tratado não cria obrigações nem direitos para um terceiro Estado sem o seu consentimento.

Estados<sup>41</sup>? Ou a lógica de competência seria a mesma aplicada pelos tribunais penais internacionais ao apreciarem violações cometidas por indivíduos? Caso se entendesse que basta que o Estado em que está sediada a multinacional (ou o Estado em que ocorreu a violação de direito internacional, conforme a perspectiva que se resolva adotar) seja parte da convenção internacional que prevê a responsabilização de corporações para que estas possam ser sujeitos passivos em demandas, esbarraríamos ainda no comum obstáculo de que importantes nações, como a China e os Estados Unidos, frequentemente não ratificam tratados internacionais, de modo que, pelo princípio da relatividade das convenções internacionais, várias das multinacionais sediadas nesses países não estariam sob esta hipotética jurisdição que criamos.

Com relação ao ICSID abordaremos melhor o seu funcionamento como órgão capaz de responsabilizar multinacionais no capítulo 3; no entanto, cabe anteciparmos algumas considerações. Entre os 547 casos registrados na sua base de dados, 20 (vinte) tinham empresas como demandados (alguns deles juntamente com Estados)<sup>42</sup>, sendo a maioria absoluta dos casos composta por Estados no polo passivo e empresas no polo ativo. Não faz parte do escopo deste artigo analisar os motivos para um número tão pequeno de ações demandando corporações, mas é válido mencionar o próprio contexto de criação do ICSID na década de 1960, época permeada por uma crescente globalização e aumento de investimentos estrangeiros, mas também dotada de grandes incertezas econômicas diante de casos de expropriações e nacionalizações de investimentos. Nas palavras do diplomata Celso de Tarso Pereira:

*“O principal objetivo dessa Convenção era proporcionar uma alternativa eficaz e confiável para dirimir conflitos legais surgidos do relacionamento entre empresas privadas e Estados de diferentes nacionalidades.*

*O intenso fluxo de capitais para países em desenvolvimento e a ocorrência eventual de medidas de nacionalização, expropriação ou disposições fiscais e financeiras de caráter discriminatório formavam o contexto propício para a criação de um mecanismo que favorecesse o ambiente para investimentos internacionais. A permanência de conflitos pendentes entre países e investidores, por falta de um instrumento adequado de solução de controvérsias, opera como um grave entrave ao comércio internacional. Os Estados*

---

<sup>41</sup> É válido pontuar que já existem iniciativas no sentido de assunção por parte das próprias multinacionais de compromissos internacionais de respeito a determinadas obrigações, como ocorre na UN Global Compact.

<sup>42</sup> Dados referentes à consulta realizada em out/2015.



*geralmente recusam submeter-se aos tribunais de outros países, enquanto os investidores particulares sentem-se, algumas vezes, em posição desvantajosa ao terem de submeter-se aos tribunais e leis do local do investimento. A proteção diplomática, quando não dispensada pelo investidor (mediante um waiver), não garantia a participação do host government em um eventual tribunal internacional e poderia levar a uma politização indevida de interesses comerciais. A conclusão de acordos de arbitragem entre as partes, mesmo se detalhados, não impedia o repúdio ao acordo, nem garantia a aceitação do laudo arbitral final por parte de Estados”<sup>43</sup>.*

Observa-se, então, que o ICSID foi criado como um aparato essencialmente protetivo para os investidores, o que explica, em parte, porque estes são, na grande maioria dos casos, demandantes e não demandados.

Conforme dito anteriormente, as demais análises acerca do enquadramento ou não do ICSID como um órgão *quase judicial* internacional com aptidão para responsabilizar empresas por violações de normas internacionais serão feitas ao longo do capítulo 3.

#### **1.4.1. Jurisdições nacionais**

Ao considerarmos violações de direito internacional no âmbito dos direitos humanos ou direito ambiental, por exemplo, há, normalmente, uma normativa estatal interna equivalente que permite que esse tipo de ação, quando perpetrada no território nacional, mesmo que cometida por multinacionais, seja submetida a um julgamento. No entanto, não se trata de uma hipótese de responsabilização internacional, já que se refere tão somente a questões de violação de ordem interna, baseada em leis nacionais.

O único caso conhecido de uma jurisdição nacional atuando para a responsabilização internacional de uma empresa foi nos Estados Unidos, quando da aplicação do Alien Tort Statute (ATS), o qual confere aos tribunais locais “*original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States*”<sup>44</sup>. O ATS foi aplicado em uma série de casos na primeira instância americana, como no caso Doe v. Unocal, em que a empresa californiana de petróleo Unocal fez um acordo para indenizar os demandantes, que alegavam que a corporação havia ajudado e instigado o governo

---

<sup>43</sup> PEREIRA, Celso de Tarso. 1998, p. 87-88.

<sup>44</sup> Alien Tort Statute, 28 U.S.C. section 1350 (ATS) apud KARAVIOS, Markos, 2015, p. 18,

de Myanmar a perpetrar uma série de violações de direitos humanos, incluindo trabalho forçado, durante a construção do oleoduto da Unocal no país<sup>45</sup>.

As demandas referentes à aplicação do ATS chegaram à Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, em que um grupo de nigerianos residentes nos EUA acusava a companhia holandesa de ter ajudado e incentivado o governo da província de Ogoniland a cometer violações de direitos humanos. Na decisão proferida pelo Justice Roberts, este entendeu que a questão crucial era se uma demanda sob a égide do ATS pode abarcar condutas que ocorreram em um território estrangeiro soberano e sua resposta foi negativa, sustentado que a presunção de extraterritorialidade se aplicava ao ATS<sup>46</sup>.

Trata-se de uma decisão muito ruim do ponto de vista da responsabilidade internacional de empresas e ela ressalta a grande limitação das jurisdições nacionais para lidar com o tema.

### **1.5. Delimitação qualitativa de responsabilidade**

Tradicionalmente os Estados são tidos como os principais responsáveis por garantir o respeito a direitos. O que se observa, no entanto, é que considerando-se a estrutura de funcionamento do mercado de trabalho e das economias globalmente, os Estados não estão mais tão bem preparados para apurar violações e garantir o cumprimento de normas de direito internacional, quando comparados aos entes não-estatais.

Tomaremos como exemplo o direito do trabalho, mas a reflexão vale para outros campos:

*“Until recently, the nation-state was considered the primary agent responsible for legislating and enforcing the labor standards applied within its boundaries. But with the global expansion of production and services, the state's ability (and will) to protect workers' rights on the national level has been undermined. Hence, a new conception of responsibility, one that takes into account actors beyond a nation-state's boundaries, must be developed to address the contemporary difficulties faced by international institutions in applying labor standards globally. Given these obstacles, the question of responsibility is particularly acute”<sup>47</sup>.*

---

<sup>45</sup> HANSEN, Robin. 2009, p. 89.

<sup>46</sup> KARAVIOS, Markos. 2015, p. 18.

<sup>47</sup> DAHAN, Yossi *et al*, 2013, p. 688.

O que se quer demonstrar ao afirmar que o Estado não é sempre o ente mais capacitado para lidar, em todas as situações, com violações de direito internacional é que, conseqüentemente, ele não será também o mais capacitado para cessar essas violações, que é o ponto central e mais urgente de uma responsabilização, bem como evitar a sua repetição.

Se pensarmos em multinacionais com cadeias produtivas espalhadas por vários países, considerando que situações de agressão ao meio ambiente e/ou trabalho forçado podem estar ocorrendo em mais de um país, deve ser feita a seguinte reflexão: quem está mais apto a cessar violações nesse caso, a multinacional, com controle sobre essa cadeia produtiva ou cada um dos Estados individualmente?

Obviamente a responsabilidade de um não afasta a do outro, o que argumentamos é exatamente no sentido de ser necessário repensar como a responsabilidade internacional funciona atualmente, para também direcionar esforços perante o ente mais capacitado para lidar com situações gravosas.

Assim, para além da obrigação do Estado de ter legislações adequadas e fiscalizar, é necessário que as próprias multinacionais tenham políticas de respeito a normas de direitos humanos, como prega a UN Global Compact, por exemplo.

Deste modo, falamos em delimitação qualitativa de responsabilidade pensando no conceito de reponsabilidade civil em que é levado em consideração quem é a pessoa mais apta a evitar a violação e quem poderá cessá-la e evitar a sua repetição de forma mais eficiente. Trata-se de uma perspectiva de direito interno, mas que pode ser utilizada para responsabilizar empresas.

No trabalho de Yossi Dahan e outros sobre a OIT é sugerido que essa delimitação qualitativa de que falamos pode ser em função do escopo de influência de cada agente ou pela extensão do poder político e econômico que cada ator possui nos âmbitos institucional e interacional<sup>48</sup>.

Trata-se de uma perspectiva que vai ao encontro da moldura tripartite proposta por John Ruggie, intitulada “Proteger, Respeitar e Remediar”, que possui três princípios centrais: (a) o dever do Estado de proteger direitos humanos; (b) a

---

<sup>48</sup> Idem, p. 717.

responsabilidade das corporações de respeitar direitos humanos; e (c) a necessidade por acessos mais efetivos a soluções<sup>49</sup>.

Como dito anteriormente, não se trata de afastar a responsabilidade do Estado, mas de abarcar quem teve contribuição real para a violação de direito internacional, evitando a impunidade de multinacionais. É exatamente sob essa perspectiva que o conceito de responsabilidade compartilhada surge como uma alternativa, diante da dificuldade de reformar as normas atuais de responsabilidade internacional e propondo uma nova opção para talvez abarcar uma abordagem mais abrangente de responsabilização internacional, e é sobre esse conceito e suas virtudes e falhas que tratará o próximo capítulo.

---

<sup>49</sup> “*The framework comprises three core principles: the State duty to protect against human rights abuses by third parties, including business; the corporate responsibility to respect human rights; and the need for more effective access to remedies*” (RUGGIE, John. 2008, p. 1)

## 2. Responsabilidade compartilhada

### 2.1. Delimitações conceituais

Quanto à responsabilidade compartilhada, em inglês *shared responsibility*, este conceito é consideravelmente recente e tem sido objeto de estudo do projeto de pesquisa SHARES, do Amsterdam Center for International Law<sup>50</sup>, cujos trabalhos têm sido fonte primordial para esta pesquisa.

Assim sendo, apresentaremos o conceito utilizado nesta pesquisa, que é exposto por André Nollkaemper e Dov Jacobs no artigo *Shared Responsibility in International Law: a conceptual framework*. Assim, para esse projeto, a responsabilidade compartilhada é definida por quatro características principais, primeiro, refere-se a múltiplos atores. Segundo, refere-se à responsabilidade desses múltiplos atores por sua contribuição para um único resultado prejudicial<sup>51</sup>. Terceiro, o termo *strictu sensu* refere-se a situações onde a contribuição de cada indivíduo não pode ser atribuída a ele baseada na causalidade, pois nesse caso, se fosse possível determinar a contribuição causal individual, a alocação de responsabilidade poderia se dar com base nos princípios da responsabilidade independente e exclusiva, ao invés da responsabilidade compartilhada. E por fim, a responsabilidade dos dois ou mais atores por sua contribuição para um único resultado prejudicial é distribuída entre eles separadamente, ao invés de recair sobre eles como uma coletividade, caso contrário, não seria responsabilidade compartilhada, mas sim coletiva<sup>52</sup>.

Há diferenças entre a responsabilidade conjunta (*joint responsibility*) e a responsabilidade compartilhada que devem ser ressaltadas. Aquela é uma categoria formalmente reconhecida<sup>53</sup>, ainda que também não tenha tido um desenvolvimento conceitual muito claro até o momento, e a qual implica certas consequências jurídicas conforme a previsão que possui no caso<sup>54</sup>. Enquanto a responsabilidade compartilhada é um conceito analítico, sem previsão legal, com vistas a agrupar e

---

<sup>50</sup> Ver <http://www.sharesproject.nl/>

<sup>51</sup> Uma vez que o conceito de responsabilidade internacional estabelecido pela CDI não inclui a lesão como um de seus elementos constitutivos, a expressão *resultado prejudicial* é usada em um sentido amplo, para abranger violações a normas de direito internacional.

<sup>52</sup> NOLLKAEMPER, A. JACOBS, D. 2013, p. 366-368.

<sup>53</sup> O termo aparece, por exemplo, nos comentários ao art. 48 do DARIO e na Convenção sobre Responsabilidade Internacional por Danos Causados por Objetos Espaciais, de 1972.

<sup>54</sup> Ver NOLLKAEMPER, André. 2012, p. 204-206.

facilitar a análise de um conjunto de casos com algumas características em comum, além de, segundo o escopo deste trabalho, ser uma possível via para a responsabilização de entes não-estatais.

É necessário ressaltar ainda que existem abordagens que trabalham com o termo responsabilidade compartilhada em uma perspectiva muito mais política que jurídica. Não é o caso do presente trabalho, embora não seja descartada tal possibilidade. O que se questiona aqui é a existência de um conjunto normativo capaz de lidar com a responsabilidade de estados e empresas por violações de direito internacional.

Iris Young, por exemplo, ao trabalhar com teoria da justiça social, fala em responsabilidade moral compartilhada frente às injustiças sociais, diferenciando-a de culpa e lidando, assim, com uma responsabilidade eminentemente política e não jurídica. Margot Salomon também traz em sua obra *Global Responsibility for Human Rights: World Poverty and the Development of International Law* o termo responsabilidade compartilhada, mas igualmente em uma perspectiva mais de política internacional ao refletir sobre as responsabilidades das Nações expressas nos tratados internacionais e alinhado a uma ideia de cooperação.

Já em uma perspectiva mais jurídica e, portanto, bem mais próxima da definição aqui adotada, ainda que mais simples, o já citado trabalho de Yossi Dahan, Hanna Lerner e Faina Milman-Sivan conceitua a responsabilidade compartilhada em relação ao direito do trabalho e às normas da OIT nos seguintes termos:

*"By "shared responsibility" we mean that the responsibility to rectify unjust labor conditions does not reside with only one particular actor or institution, but rather is shared by various actors or institutions. Moreover, "shared responsibility" implies that the responsibility to promote labor standards is not limited to the territory of a particular state. In other words, responsibility for a violation of workers' rights in a particular state can be borne by actors or institutions external to that state, or even by other states"*<sup>55</sup>.

A responsabilidade compartilhada nos moldes aqui apresentados não existe expressamente nos documentos que tratam sobre responsabilidade internacional, conseqüentemente, também não consta em decisões judiciais ou arbitrais, seja ao se referir a dois ou mais Estados seja em relação a um Estado e um ente não-estatal. Sobre o assunto:

*"Judicial or arbitral decisions addressing a state's assertions that other states share responsibility are essentially unknown. While*

---

<sup>55</sup> DAHAN, Yossi *et al.* 2013, p. 688.

*the latter statement is not entirely correct in light of recent judicial developments, it remains true that as a result of jurisdictional limitations and underdeveloped principles of shared responsibility, the contribution of the case law is limited*".<sup>56</sup>

Desse modo, seria uma espécie de conceito implícito do direito internacional, mas como pretende-se mostrar a seguir, pode ser de considerável utilidade para situações não abarcadas pelo modelo atual de responsabilidade internacional, principalmente quando há uma multinacional envolvida.

## **2.2. Possibilidades**

O principal argumento na defesa de que a responsabilidade compartilhada é uma abordagem útil e necessária é exatamente por ela abarcar situações que não são abrangidas pela concepção de responsabilidade independente e exclusiva, portanto, este tópico pretende justificar por que a responsabilidade compartilhada é uma alternativa viável. Nas palavras de Nollkaemper:

*"We furthermore cannot neglect international courts and tribunals, where claims of shared responsibility may eventually arise but where the procedural law, at least in some cases, is ill suited to deal with claims that transcend a bilateralist framework. We moreover must consider the wide variety of practices by which actors can be held accountable for their involvement in collective wrongdoing but which cannot be qualified in terms of formal international responsibility and which will not be treated as such by international courts"*<sup>57</sup>.

Isto posto, abordaremos primeiro as possibilidades trazidas pela responsabilidade compartilhada em casos em que há mais de um indivíduo envolvido, comparando com a hipótese trazida no art. 47 do DARS, e em seguida casos em que, havendo mais de um sujeito responsabilizável, há dificuldade para estabelecer individualmente a responsabilidade de cada um ou que o vínculo vai além da causalidade trazida nos termos tradicionais, complementando o que já foi apresentado no item 1.3, mas agora sob a perspectiva da responsabilidade compartilhada.

O artigo 47 do DARS fala sobre a pluralidade de Estados responsáveis pelo mesmo ato internacionalmente errado. Assim está expresso nos comentários da CDI:

---

<sup>56</sup> NOLLKAEMPER, André, JACOBS, Dov. 2013 p.363

<sup>57</sup> Idem, p. 364.

*“terms such as “joint”, “joint and several” and “solidary” responsibility derive from different legal traditions and analogies must be applied with care. In international law, the general principle in the case of a plurality of responsible States is that each State is separately responsible for conduct attributable to it in the sense of article 2.”*

A responsabilidade compartilhada seria então um alargador desse artigo, uma vez que não restringe a responsabilidade *ao mesmo ato* como está expresso no DARS, visto que o resultado prejudicial deve ser o mesmo nesse caso, mas não o ato lesivo. Passa a ser necessário considerar as ações de diferentes atores de forma relacionada e não mais unitária e isolada.

Isso se deve ao fato de que condutas diversas podem resultar em uma única lesão, como nos já citados Caso Corfu e Caso Concernente a Certas Terras de Fosfato em Nauru<sup>58</sup>, em que advogamos que poderia ter sido usada a responsabilidade compartilhada, uma vez que, mesmo que cada Estado tenha agido de forma diferente, havia uma conexão entre seus atos, e eles todos levaram a um único resultado prejudicial.

Não se trata, no entanto, de simplesmente agregar duas ou mais responsabilidades, o termo *compartilhada* implica que os atores envolvidos tenham, de algum modo, concordado em agir conjuntamente em prol de um único objetivo, o que é mais simples que a relação de domínio e controle que a atribuição de condutas prevista no Capítulo II do DARS requer.

O diferencial aqui é que, no caso de uma violação que envolva um Estado e uma multinacional, que é o foco principal deste trabalho, não é necessário que haja a atribuição da conduta desta ao Estado, a conduta pode ser atribuída à empresa separadamente em relação ao ente estatal, conforme o quarto aspecto da responsabilidade compartilhada, superando, assim, a questão já levantada da impunidade dos entes particulares e as dificuldades apresentadas no item 1.3.1, e fazendo com que o debate sobre a atribuição de conduta perca importância.

Ademais, a previsão do artigo 47 é referente somente a Estados, sequer cogita-se da responsabilidade entre um Estado e um ente não-estatal. Diferentemente do DARIO, que prevê a coexistência de responsabilidade da Organização Internacional e do Estado. Mas é de se lembrar que o DARIO possui a mesma abordagem do DARS, portanto, os mesmos princípios, o que inclui a responsabilidade independente e exclusiva. No entanto, não se pode descartar que

---

<sup>58</sup> Ver notas de rodapé nº 13 e 14.



esse pode ser um ponto de partida já institucionalizado para uma responsabilidade compartilhada que abranja entes não-estatais.

Conclui-se que o argumento é a mitigação do princípio da responsabilidade independente e exclusiva quando constatada a existência de dois ou mais atores que por seus atos ou omissões contribuíram para uma violação às normas de direito internacional, uma vez que esse princípio funciona como empecilho para a inclusão de entes como as multinacionais no âmbito da responsabilidade internacional, abrindo espaço, assim para a responsabilização compartilhada desses entes.

Já que ainda não há uma estrutura para responsabilizar individualmente as multinacionais defende-se que esse arcabouço teórico permitiria o uso da estrutura jurídica já existente para incluir multinacionais em polos passivos para que estas possam responder perante os tribunais internacionais por suas contribuições para violações de normas de direito internacional, conforme o já citado exemplo da OIT, mencionado no item 1.4.

Um exemplo interessante em que não foi dada uma resposta apropriada e que a responsabilidade compartilhada seria uma alternativa é o já citado caso *Kiobel*, que foi posteriormente apreciado pela Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos no caso *Serac*. Não foi feita uma análise acerca do consórcio entre o Estado nigeriano e a companhia petrolífera porque se entendeu que a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos não permite o escrutínio de ações de multinacionais. Ainda assim, mencionou-se que as violações de direitos humanos foram perpetradas pelo Governo da Nigéria e por atores privados, nos seguintes termos: *“Given the wide spread violations perpetrated by the Government of Nigeria and by private actors (be it following its clear blessing or not), the most fundamental of all human rights, the right to life has been violated”*<sup>59</sup>.

Independentemente das limitações que essa declaração possua, fica claro que a Comissão foi confrontada com uma situação de responsabilidade compartilhada que não pôde avaliar totalmente em função das limitações de sua jurisdição<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria, African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication No 155/96 (2001) (*Serac*).

<sup>60</sup> KARAVIAS, Markos, 2015, p. 20.

A outra possibilidade oferecida pela responsabilidade compartilhada é como uma alternativa para situações em que o princípio da causalidade não consegue oferecer uma resposta adequada perante o direito internacional. Na verdade, a questão relativa à causalidade é que, caso seja possível identificar a contribuição causal de um indivíduo, simplesmente não é necessária a responsabilidade compartilhada ou sequer a conjunta, uma vez que basta a aplicação paralela da responsabilidade independente normalmente prevista<sup>61</sup>.

A existência de uma possibilidade de responsabilização que independe da causalidade é relevante até mesmo em função da previsão constante nos comentários ao Capítulo II do DARS, onde se determina que: “[t]he attribution of conduct to the State as a subject of international law is based on criteria determined by international law and not on the mere recognition of a link of factual causality”<sup>62</sup>.

Essa lacuna para os casos não abarcados pela causalidade se deve, em parte, à opção feita pela Comissão de Direito Internacional por não utilizar a culpa como um elemento determinante na responsabilidade internacional e as consequências, positivas e negativas, dessa escolha vão além do objeto do presente trabalho.

Assim sendo, a responsabilidade compartilhada é uma opção nesses casos porque o nexu requerido entre os envolvidos é bem mais simples, uma vez que basta sua contribuição para um único resultado prejudicial, independentemente se a atuação entre os partícipes foi de forma coordenada ou independente<sup>63 64</sup>.

### **2.3. Delimitação quantitativa de responsabilidade**

Uma importante questão que surge quando se analisa a possibilidade de aplicação da responsabilidade compartilhada é como determinar quem será responsável pelo quê, sobretudo ao se pensar na possibilidade de uma reparação pecuniária. A essa questão chamamos de delimitação quantitativa de responsabilidade e é sobre ela que tratará este tópico.

---

<sup>61</sup> NOLLKAEMPER, André; JACOBS, D. 2013, p. 428.

<sup>62</sup> CDI, p. 38-39

<sup>63</sup> D'ASPREMONT, D. et al. 2015, p. 51.

<sup>64</sup> É de se reiterar aqui a ressalva já feita sobre o interesse em se expandir o escopo da responsabilidade internacional, mas essa é uma questão muito mais de opção política do que propriamente jurídica.

Esse problema não existe com a aplicação do princípio da responsabilidade independente e exclusiva porque se trata de um caso de tudo ou nada, em que um único ente responde pela violação. Já com a responsabilidade compartilhada entre múltiplos violadores o julgador terá que decidir a responsabilidade de cada ente, já que eles não podem ser tratados como uma coletividade (não se trata de responsabilidade solidária ou conjunta) e, conforme o quarto aspecto apresentado da responsabilidade compartilhada, a contribuição para um único resultado prejudicial é distribuída entre cada um separadamente.

Ressalte-se que até mesmo conforme os arts. 47 do DARS e 48 do DARIO a parte lesada pode apresentar reclamação contra qualquer um dos envolvidos na violação, mas se trata de um aspecto mais qualitativo da responsabilidade do que quantitativo.

Um caso interessante para análise é o já citado caso *Nauru*, em que a CIJ decidiu que o mero fato da Austrália estar sozinha no polo passivo não tornava o caso inadmissível *in limitis litis*<sup>65</sup>. No entanto, na decisão sobre a responsabilidade australiana a questão também foi mais qualitativa (se a Austrália pode ser considerada responsável) do que quantitativa (em que medida ela é responsável). A Corte não precisou se pronunciar sobre a extensão da responsabilidade do Estado australiano porque as partes fizeram um acordo e retiraram o caso, mas se as partes tivessem questionado a CIJ para decidir sobre o assunto, não haveria regras sobre as quais ela pudesse se apoiar para dar uma resposta<sup>66</sup>.

Essa dificuldade decorre do fato de que a responsabilidade compartilhada requer um nexos entre os envolvidos que é difícil de quantificar. Entre os vários cenários possíveis de responsabilização é de se pensar que uma omissão tem peso diferente de ajuda ou assistência, em que ambas as partes têm participação direta, mas em que proporção?

Outro obstáculo é que caso uma das partes venha a responder sozinha perante um tribunal internacional em um caso em que há responsabilidade compartilhada não há uma jurisdição, ou sequer qualquer tipo de previsão, para que esta venha a exercer seu direito de retorno sobre a outra parte envolvida. Trata-se, é claro de uma medida do direito interno que, como já ressaltado, deve ser aplicado

---

<sup>65</sup> Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Austl.), Preliminary Objections, Judgment, 1992 I.C.J. 240, par. 48, p. 259.

<sup>66</sup> FRY, James. 2014, p. 29.

com cuidado ao direito internacional público, mas cogitaremos tal cenário pelo bem da argumentação.

Pensando em um caso de responsabilidade compartilhada entre Estados em que um destes compense totalmente a vítima, mesmo que o outro tenha contribuído de forma determinante para o resultado lesivo, o que se imagina como justo é que quem pagou possa requerer que o outro compense sua cota pela lesão, de modo que aquele teria o direito de ação contra este. Isso funciona no direito interno, mas não há um tribunal internacional com jurisdição para esse tipo de demanda, de tal forma que se trata de algo meramente teórico. E ainda que viesse a ser instaurado esse tipo de procedimento seria necessário analisar e determinar a cota de responsabilidade de cada um, retornando ao problema da delimitação quantitativa de responsabilidade<sup>67</sup>.

No entanto, caso se trate de responsabilidade compartilhada entre uma multinacional e um Estado o que se imagina é que a questão do ressarcimento poderia passar para a ordem interna do Estado envolvido e então dependeria do cumprimento e respeito que cada país dá para as decisões de tribunais internacionais.

Um parâmetro sugerido para lidar com o problema da delimitação qualitativa da responsabilidade é o tamanho do benefício auferido com a violação de direito internacional<sup>68</sup>. Por exemplo, uma multinacional que se utiliza de trabalho análogo ao de escravo lucra diretamente pelo baixo custo de produção, mas o Estado que, ciente da situação, se omite porque tem interesse em receber os tributos pagos por aquela empresa e quer que ela continue em seu território também é um beneficiário, ainda que indireto.

Esse benefício não precisa ser necessariamente econômico, mas também pode ser político. Assim, a ideia é que quão maior o benefício auferido maior seria a responsabilidade e, conseqüentemente, o dever de reparação.

### **2.3.1. Implicações políticas sob a perspectiva terceiro-mundista**

De modo semelhante à ressalva feita no subtópico referente à atribuição de condutas no que diz respeito a perspectiva dos países de terceiro mundo, é

---

<sup>67</sup> NOLLKAEMPER, ANDRÉ, *et al.* 2013, p. 429.

<sup>68</sup> DAHAN, Y. *et al.* 2013, p. 719.

preciso analisar com cuidado a questão da delimitação quantitativa de responsabilidade, sobretudo no caso do último exemplo apresentado, em que o Estado é beneficiário indireto das ilegalidades perpetradas por uma multinacional. Nesse cenário podemos vislumbrar sobretudo países pobres, que dependem da relação com multinacionais, e, nesses casos, deve-se questionar se não seria a sua responsabilização pela comunidade internacional uma forma de intervenção neo-colonialista, em que se busca salvar esses povos não-Europeus de si mesmos<sup>69</sup>.

Várias das críticas trazidas por Anghie e Chimni no artigo *Third World Approaches to International Law and individual responsibility in internal conflict* podem ser adaptadas e aplicadas aqui.

Primeiramente, as próprias estruturas econômica e de política internacional levaram a um quadro de sujeição de países de terceiro mundo a interesses que favorecem sobretudo aos Estados desenvolvidos, e a própria criação do ICSID, mencionada anteriormente, é um exemplo disso, uma vez que se trata de um órgão criado para proteger interesses de investidores frente aos instáveis países em desenvolvimento. Desse modo, a própria estrutura em que se insere o país que se quer responsabilizar por coadunar com ações de multinacionais deve ser considerada.

Em segundo lugar, a criação de qualquer novo regime para lidar com essas situações de violações de direito internacional deve sempre levar em consideração em que medida as instituições internacionais existentes contribuíram para o problema e também qual papel os países do primeiro mundo podem ter desempenhado para promover, ou ao menos evitar, a violação a qual se busca punir. E aqui voltamos para o debate já desenvolvido ao discutir a questão da atribuição de condutas.

Assim, iniciativas dessa natureza sempre correm o risco de se tornarem reproduções da missão civilizatória. Além disso, há ainda a questão de que a imposição de sanções econômicas a países pobres pode ter efeito devastador sobre as populações desses países pobres<sup>70</sup>.

Essa análise crítica não se aplica somente a questão da delimitação quantitativa de responsabilidade, mas deve permear todo o debate de

---

<sup>69</sup> ANGHIE, Antony. CHIMNI, B. S. 2004, p. 193.

<sup>70</sup> Idem, p. 199.

responsabilidade internacional. No entanto, como neste ponto tornaram-se mais claras as possibilidades de se incorrer em uma perspectiva excessivamente eurocêntrica, fez-se necessário apontar estas breves considerações.

O que se conclui acerca da delimitação quantitativa de responsabilidade é que esse tipo de abordagem abarca apenas um aspecto da responsabilidade, de modo que acreditamos que seria necessária uma análise conjunta com outras questões como a extensão da contribuição para o resultado lesivo, se foi um ato *sine qua non* ou um agravante da situação, a posição de cada um dos envolvidos para evitar a violação e sua capacidade para melhor remediá-la... Assim, percebe-se que não é uma questão simples definir a cota de responsabilidade de cada envolvido. De todo modo, esse problema ressalta as dificuldades procedimentais e falta de aparato jurídico do direito internacional para lidar com situações de múltiplas responsabilidades.

Feitas todas essas considerações sobre as limitações do modelo atual de responsabilidade e as possibilidades oferecidas pela responsabilidade compartilhada, principalmente no que se refere à responsabilização de multinacionais, nos cabe agora analisar se há aplicabilidade desse conceito no âmbito do ICSID.

### 3. O ICSID e a responsabilidade compartilhada

#### 3.1. Estrutura do ICSID

Inicialmente, acreditamos que é relevante explicar alguns aspectos estruturais do ICSID. Conforme mencionado na introdução, o Centro foi criado pela Convenção de Washington, em 1966, conta atualmente com 159 Estados signatários e contratantes, é vinculado ao Banco Mundial e oferece mecanismos apropriados de conciliação e arbitragem. Deve-se notar, no entanto, que o Centro não concilia ou arbitra as questões, mas simplesmente administra os procedimentos de conciliação e arbitragem previstos na Convenção. Assim, trata-se de uma pessoa jurídica de direito internacional, mas não é um tribunal internacional, primeiro por não ter caráter jurisdicional, uma vez que atua através da conciliação e arbitragem, e segundo porque não tem caráter de permanência, isto é, sempre que uma nova demanda é levada ao Centro é instaurado um novo Painel, com novos membros, não há uma estrutura permanente, com juízes ou árbitros com mandatos, por isso é apontado como um órgão *quase judicial*.

Para que uma demanda seja apreciada perante o ICSID existem dois requisitos: competência *ratione personae* e *ratione materiae*, conforme os artigos 25 a 27 da Convenção de Washington. Este requisito estabelece que apenas controvérsias jurídicas relativas a investimentos sejam submetidas a este foro. A ênfase aqui deve ser dada aos termos “jurídicas” e “investimentos”, pois não basta que haja uma controvérsia entre as partes, esta deve ser relativa à aplicação de direitos e obrigações, e não questões políticas ou econômicas. Quanto aos investimentos, não há uma opinião consensual quanto a sua definição, de modo que vários tratados trazem conceitos diversos, e há uma análise caso a caso, baseando-se sobretudo na Convenção de Washington e na jurisprudência do Centro.

A questão da competência em razão da pessoa já foi brevemente mencionada no item 2.4, mas será retomada em função da sua relevância para este trabalho. A regra geral é de que as controvérsias submetidas ao ICSID devem envolver um Estado-parte da Convenção de Washington e um ente (pessoa natural ou pessoa jurídica) nacional de outro Estado-parte. Sobre quem são essas pessoas, Celso Pereira explica que:

*“Uma das partes deve ser um Estado – ou subdivisão política desse Estado ou sua agência – e a outra deve ser uma pessoa física*

*ou jurídica de nacionalidade de um dos Estados Contratantes, mas diferente do Estado litigante (os binacionais são tratados como nacionais do Estado litigante). Estão, portanto, excluídas da jurisdição do Centro disputas entre Estados e disputas somente entre particulares. Tampouco é necessário que a empresa, nacional de outro Estado-parte, seja totalmente de capital privado: a combinação de capitais privados e estatais não a desqualifica como parte legítima sob a Convenção”.<sup>71</sup>*

Como se percebe por este trecho, podem ser parte na demanda empresas estatais, agências governamentais e empresas de capital misto. Isso é relevante porque alguns dos casos que citaremos estão dentro dessas hipóteses, além disso, tratam-se de situações interessantes do ponto de vista da atribuição de conduta e da atribuição de responsabilidade.

Além dos requisitos da competência em função da matéria e em função da pessoa, uma demanda só será apreciada perante o ICSID caso haja consenso de ambas as partes para o estabelecimento da sua jurisdição, de modo que não basta que o Estado e o investidor sejam signatários da Convenção de Washington: eles devem manifestar expressamente sua vontade de submeter a controvérsia ao Centro.

Esse consentimento pode se dar de várias maneiras, sendo a mais comum delas através de um tratado bilateral de investimento (TIBs) firmado com o Estado de origem do investidor, por exemplo, ou ainda em convenções multilaterais, como no caso do Tratado para a Carta de Energia (Energy Charter Treaty) ou do Acordo Norte-Americano para Livre Comércio (North-American Free Trade Agreement - Nafta).

Atualmente existem cerca de três mil tratados bilaterais de investimentos no mundo inteiro, em que a maioria elege o ICSID como fórum arbitral para a resolução de eventuais controvérsias, o que demonstra a importância dessa via.

Os TIBs são documentos importantes até mesmo para a discussão sobre a personalidade jurídica das multinacionais, uma vez que ali constam direitos e deveres destas perante o direito internacional, além de, para alguns autores, elas constarem como contratantes-signatárias, reforçando ainda mais os argumentos favoráveis à constatação de personalidade jurídica<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> PEREIRA, Celso. 1998, p. 99.

<sup>72</sup> Ver HANSE, Robin, 2009.



### 3.2. Uso do termo “responsabilidade compartilhada”

Antes mesmo de analisarmos os casos do ICSID para avaliar a aplicabilidade do conceito de responsabilidade compartilhada, decidimos fazer uma busca genérica, em inglês e espanhol, pela expressão na base de dados *italaw*<sup>73</sup>, uma vez que ela reúne todos os materiais referentes a casos do Centro, bem como tratados sobre investimentos, os casos da UNCITRAL, além de outros documentos referentes ao direito internacional dos investimentos.

Como retorno, encontramos sete diferentes tipos de documentos de casos do ICSID em que é utilizada a expressão “responsabilidade compartilhada” ou alguma de suas variações semânticas. Após a análise do contexto de cada termo, o resultado não foi promissor, apenas um desses documentos utiliza a expressão no sentido aqui trabalhado, nos demais casos tratou-se de uma combinação de palavras com significado diverso. De todo modo, optamos por analisar três desses casos, afim de ilustrar o resultado obtido.

O primeiro uso da expressão foi no caso *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*<sup>74</sup>, referente a uma concessão de serviços de água e esgoto, concluído em 1999 pela companhia argentina Aguas del Gran Buenos Aires (AGBA) - da qual a Impregilo possui ações - com a Província de Buenos Aires. Assim está expresso no parágrafo 378 da decisão:

*378. The fact that AGBA and the Province have a **shared responsibility** for the failure of the concession makes it inappropriate to calculate damages on the basis of customary economic parameters such as a cost or asset based method or an income method. Instead, the damages to be paid by the Argentine Republic to compensate for unfair and inequitable treatment should be determined on the basis of a reasonable estimate of the loss that may have been caused to Impregilo.*

Como o caso se refere ao fracasso da concessão, a conclusão foi no sentido de que ambas as partes têm responsabilidade pelo resultado negativo. Como se vê, a despeito do uso da expressão “responsabilidade compartilhada”, o sentido aqui é muito diverso do exposto ao longo deste trabalho, e mais próximo do usual conceito de “culpa concorrente”, existente no direito interno brasileiro. Assim, não podemos considerar que neste caso tenha sido levantada a questão da responsabilidade compartilhada que temos discutido aqui.

---

<sup>73</sup> Ver [www.italaw.com](http://www.italaw.com)

<sup>74</sup> ICSID Case No. ARB/07/17

De modo semelhante, no caso *Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia*<sup>75</sup>, na opinião individual de Jan Paulsson, é dito que: “*On a proper reading of the Treaty, HEP starts **sharing responsibility** for costs as of the day electricity deliveries commence, after the Treaty's entry into force*”<sup>76</sup>.

Nesse caso, a expressão é no sentido do exercício de uma competência ou atribuição, novamente sem relação com o conceito de responsabilidade internacional. Em apertada síntese, a disputa refere-se à propriedade e operação de uma planta de energia nuclear que é essencial para a Hrvatska Elektroprivreda d.d. (HEP), empresa de origem croata, e para a Eslovênia, de modo que se requereu a atuação do ICSID para fins de interpretação do tratado entre as duas partes.

Diferentemente destes dois casos, o próximo resultado analisado já fala em responsabilidade compartilhada no sentido aqui trabalhado. Trata-se do Procedural Order nº 2 referente aos casos *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe*<sup>77</sup> e *Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangan Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe*<sup>78</sup>, em que foi apreciado o pedido feito pelo Centro Europeu para os Direitos Constitucionais e Direitos Humanos (European Center for Constitutional and Human Rights - ECCHR) juntamente com quatro comunidades indígenas do Zimbábue (peticionários) para participar como *amici curiae* no procedimento arbitral. Conforme consta da decisão:

*25. The Petitioners state that they will argue that both Parties to these arbitrations **incur shared responsibility** vis-à-vis the indigenous communities who, it is asserted, have rights under international law in relation to lands on which the Claimants' properties are located. In this regard, the Petitioners submit that international human rights law on indigenous peoples applies to these arbitrations in parallel to the relevant BITs and the ICSID Convention.*

A demanda trazida pelos peticionários refere-se a alegada responsabilidade compartilhada entre o Estado de Zimbábue e as multinacionais demandantes no processo perante o ICSID, no tocante aos direitos das comunidades indígenas residentes nas terras onde as empresas têm atuado.

É interessante notar que a ECCHR afirma que “*its significant interest in the arbitral proceedings is determined by its mission to develop the strategic use of*

---

<sup>75</sup> ICSID Case No. ARB/05/24

<sup>76</sup> *Idem*, par. 6.

<sup>77</sup> ICSID Case No. ARB/10/15

<sup>78</sup> ICSID Case No. ARB/10/25

*legal actions for corporate human rights responsibilities*<sup>79</sup>. Assim sendo, pela análise do documento é possível concluir que os petionários alegam a existência da responsabilidade compartilhada de modo semelhante ao aqui conceituado. No entanto, essa questão não chega a ser analisada uma vez que não é deferida a participação como *amici curiae* sob o fundamento de que os assuntos trazidos por eles não são relacionados ao objeto da demanda, de modo que se encontram fora do escopo do procedimento arbitral, além disso, entende-se também que há suspeitas quanto à neutralidade e independência das comunidades indígenas, uma vez que podem ser entendidas como agências do Estado de Zimbábue<sup>80</sup>.

Após essa busca pela expressão “responsabilidade compartilhada” em si, optamos por analisar os casos do ICSID em que empresas aparecem no polo passivo, de modo a entender se é possível falar em responsabilidade internacional das multinacionais envolvidas e, principalmente, se há espaço para a responsabilidade compartilhada nesses casos. Desse modo, o próximo tópico trará a análise dos casos encontrados.

### **3.3. Casos**

Conforme já mencionado, no universo de 547 casos do ICSID existem apenas 20 com entes privados no polo passivo. A análise fica ainda mais limitada em função da não disponibilização no banco de dados virtual da instituição de todas as peças e decisões desses casos, sobretudo os mais antigos, que talvez sequer tenham uma versão virtual. Além disso, nos processos arbitrais não é incomum a opção das partes pelo sigilo das negociações. Outro fator que reduziu o conjunto de casos passíveis de estudo foi a existência de disputas em que as partes chegaram a um acordo sobre a retirada do caso da jurisdição do Centro, de modo que apenas consta no andamento este desfecho.

Diante dessas limitações, chegamos a um conjunto de cinco processos que serão aqui analisados. No entanto dois desses casos foram agrupados pelo próprio ICSID por uma questão de litispendência e será exatamente esse o primeiro a ser discutido a seguir, uma vez que sua análise revelou-se bastante interessante.

---

<sup>79</sup> Idem, par. 22.

<sup>80</sup> Ibidem, par. 56 e 57.

No caso *Niko Resources (Bangladesh) Ltda. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("Bapex") and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation*<sup>81</sup>, acerca da jurisdição, a Niko alegou que Petrobangla e BAPEX são agências ou instrumentos do Estado de Bangladesh, de modo a estabelecer a jurisdição do Centro, através da aplicação do Projeto de Artigos sobre responsabilidade internacional de Estados da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, uma vez que o contrato assinado pelas empresas poderia ser atribuído à Bangladesh.

Neste ponto cabe fazer a distinção entre a atribuição de condutas (mais comumente tratada na responsabilidade de Estados) e a atribuição de responsabilidade. Embora não haja tal diferenciação explicitamente e comumente sejam usadas como sinônimos, a existência de capítulos tratando de diferentes “tipos de atribuição” tanto no Projeto de Artigos sobre responsabilidade internacional de Estados como no Projeto de Artigos sobre responsabilidade de Organizações Internacionais sugere a existência de dois conceitos distintos.

Essa diferenciação é tratada por James Fry na obra *Attribution of responsibility*, o autor enfatiza duas características da atribuição de responsabilidade. Primeiramente, é necessário que haja uma “conduta”, em sentido amplo, mas esta não precisa ser um ilícito internacional. Em segundo lugar, essa conduta não será necessariamente do sujeito a qual a responsabilidade será atribuída. Assim sendo, a atribuição de responsabilidade envolve atos independentes de múltiplas partes causando um dano coletivo, enquanto a atribuição de conduta geralmente, mas não necessariamente, envolverá a ação de um único violador<sup>82</sup>.

A consequência primordial desta distinção conceitual é que não haverá responsabilidade compartilhada na hipótese da mera atribuição de conduta, uma vez que nesse caso o Estado será considerado responsável direto, nos termos do DARS.

Voltando ao caso *Niko*, na decisão sobre jurisdição fala-se tão somente em atribuição dos atos e consentimento. Este caso é particularmente interessante por trazer uma alteração no entendimento anteriormente manifesto em outras

---

<sup>81</sup> ICSID Case No. ARB/10/11 e ARB/10/18

<sup>82</sup> FRY, James. 2014, p. 6.

decisões do Centro também sobre a independência da Petrobangla e da BAPEX por entender que estas não são agentes ou instrumentos do Estado de Bangladesh<sup>83</sup>. Apesar de serem empresas e reconhecidamente entes com personalidade legal de corporações e, assim sendo, distintas do Estado de Bangladesh<sup>84</sup>, nos casos *Saipem S.p.A. v. People's Republic of Bangladesh*<sup>85</sup> e *Chevron Bangladesh Block Twelve, Ltd. and Chevron Bangladesh Blocks Thirteen and Fourteen, Ltd. v. People's Republic of Bangladesh*<sup>86</sup> as mesmas empresas foram entendidas como órgãos do Estado. Através da aplicação da teoria da atribuição de condutas, Bangladesh foi considerado responsável pelos atos previamente praticados por ambas.

No caso *Saipem* foram citados os artigos 4, 5 e 8 do DARS, sem, no entanto, especificar qual das três hipóteses de atribuição de conduta estaria sendo aplicada. Assim, ao mudar o entendimento anterior, estabelecendo que as empresas não são órgãos do Estado, o caso *Niko* aponta uma fragilidade nos precedentes e levanta o questionamento de como poderia, então, Bangladesh ser responsabilizada pelos contratos de investimento que não assinou. O debate teórico é evitado solucionando-se o caso concreto através da teoria da designação trazida na própria Convenção do ICSID (artigo 25).

Acreditamos, porém, que a atribuição de responsabilidade, com o consequente reconhecimento da responsabilidade compartilhada entre Petrobangla, BAPEX e o Estado de Bangladesh seria uma solução possível. Isso porque nos três casos em que as empresas foram parte estavam presentes os requisitos para a atribuição de responsabilidade, quais sejam, houve uma conduta (a assinatura de acordos de investimento) por parte das empresas e, mesmo que essa conduta não seja atribuível ao Estado, conforme a própria decisão do caso *Niko*, as responsabilidades dali advindas poderiam ser atribuíveis ao Estado, sem precisar afastar a responsabilidade direta das empresas.

Essa conexão fica mais clara ao perceber-se que a atribuição de responsabilidade se propõe a abordar relações entre dois entes, quer legais ou factuais, em vez de condutas pontuais. Assim, enquanto a atribuição de condutas

---

<sup>83</sup> ICSID Case No. ARB/10/11. Decision on jurisdiction, par. 247 e 248.

<sup>84</sup> Idem, capítulos 6.2 e 6.3.

<sup>85</sup> ICSID Case No. ARB/05/7

<sup>86</sup> ICSID Case No. ARB/06/10

envolve o debate sobre a existência de “controle efetivo”<sup>87</sup> *em relação ao ilícito internacional cometido*, a atribuição de responsabilidade pode ser estabelecida *diretamente* entre um Estado e um terceiro, afetando inclusive a autonomia deste. Trata-se de algo muito palpável quando se pensa em uma empresa estatal, como é o caso da Petrobangla e da BAPEX. A atribuição de responsabilidade também justificaria porque Bangladesh não foi considerado responsável direto pelos acordos de investimentos, mas permitiria que este ainda assim arcasse com a condenação, caso fosse aplicada a responsabilidade compartilhada.

Na próxima análise também juntaremos dois casos, mesmo que eles tenham sido apreciados separadamente e em momentos bem distintos pelo ICSID. Faremos isso sobretudo em função das partes envolvidas e dos reflexos do resultado de um processo em outro. O primeiro desses dois casos é o Tanzania Electric Supply Company Limited (TANESCO) v. Independent Power Tanzania Limited (IPTL)<sup>88</sup>, que tramitou entre 1999 e 2001. E o segundo é o Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited v. Tanzania Electric Supply Company Limited (TANESCO)<sup>89</sup>, que foi ajuizado em 2010 e ainda não teve a decisão final.

Primeiramente cabe esclarecer quem são as partes. TANESCO é atualmente uma estatal da Tanzânia responsável pelo fornecimento de energia elétrica no país, mas que entre os anos de 1999 e 2006 tinha sido privatizada. IPTL é uma *joint-venture*, formada entre uma corporação da Malásia e outra tanzaniana. O Standard Chartered Bank (SCB HK) é uma corporação organizada sob as leis de Hong Kong, sendo subsidiária do Standard Chartered Bank, que é uma corporação britânica. O SCB HK é desde 2005 cessionário dos direitos da IPTL, e é em nome desses direitos que contende com a TANESCO. Portanto, percebe-se que houve uma espécie de inversão dos polos passivo e ativo nas duas demandas.

Ambas as disputas giram em torno de um mesmo acordo de investimento (Power Purchase Agreement - PPA) em que a IPTL comprometeu-se a construir e gerir uma instalação de geração de energia elétrica na Tanzânia, em que o produto final seria adquirido pela TANESCO para fornecimento para a população. De forma extremamente simplificada, as demandas referiram-se, respectivamente, ao modelo

---

<sup>87</sup> Ver item 2.3.1 sobre a questão do controle efetivo.

<sup>88</sup> ICSID Case No. ARB/98/8

<sup>89</sup> ICSID Case No. ARB/10/20

financeiro aplicável para os cálculos das tarifas sob o PPA e ao não pagamento de débitos da TANESCO para com a IPTL.

O principal ponto de interesse para este trabalho é: se a TANESCO é uma empresa estatal e o ICSID requer que uma das partes seja um Estado porque a própria Tanzânia não faz parte de nenhuma das demandas? Porque em 1998 a TANESCO foi acreditada como uma agência do Governo da Tanzânia perante o ICSID, nos termos do art. 25(1) da Convenção de Washington<sup>90</sup>. Percebe-se, portanto, que se trata de um caso de aplicação direta do art. 4 do DARS, que define a atribuição de condutas de agências ou órgãos de um Estado.

É interessante observar que, sobretudo no primeiro dos dois casos, ao se discutir a validade do acordo de investimento, é feita frequente referência aos atos praticados por autoridades do Governo, com trocas de cartas destes inclusive funcionando como evidência crucial para a resolução da disputa. Desse modo, de fato não há fundamentos para dissociar a TANESCO do próprio Estado, sendo desnecessário se falar em responsabilidade compartilhada ou qualquer variante que implique em mais de uma responsabilização. Assim sendo, concordamos com a abordagem realizada pelo ICSID no que diz respeito a sua jurisdição, entendendo que a atribuição de conduta, nos termos do art. 4º do DARS, é suficiente para analisar qualquer questão de responsabilidade no que diz respeito à TANESCO, inclusive por se tratar de uma empresa estatal.

O último caso do conjunto apresentado é o Pluspetrol Perú Corporation S.A. e outros v. Perupetro S.A.<sup>91</sup>, em que, como exposto na própria decisão do ICSID, apesar das posições das partes na demanda, em realidade as demandantes estão muito mais em uma posição de defesa que a demandada, uma vez que a disputa ocorreu em função da comunicação da Perupetro de sua intenção de terminar o contrato em razão do pagamento a menor dos dividendos provenientes da exploração de gás natural.

Sobre as partes da disputa, a Perupetro S.A. é uma empresa estatal de direito privado que, assim como no caso anterior, foi acreditada perante o ICSID

---

<sup>90</sup> Convenção de Washington. Art. 25 (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

<sup>91</sup> ICSID Case No. ARB/12/28

como agente do Estado peruano. O outro polo da demanda é composto por seis empresas peruanas, que são, em verdade, controladas por matrizes com sede em outros países. Então, este caso opõe o interesse do Estado peruano frente a seis multinacionais.

O aspecto essencial dessa disputa é que ela não tem como instrumento legal aplicável um tratado bilateral de investimento, mas sim um contrato de licença para a exploração de hidrocarbonetos, que elegeu como fórum para a resolução de controvérsias o ICSID, portanto um documento de direito privado. Então, a responsabilidade reconhecida na condenação final do Centro das seis multinacionais é meramente contratual, já que não há violação de uma norma de direito internacional, como seria, caso houvesse um TIB, mas tão somente de um contrato entre as partes, de modo que sequer se pode falar em responsabilidade internacional.

Essa foi uma conclusão surpreendente ao analisar o caso, uma vez que a expectativa que se tinha era de que, como o ICSID é uma organização internacional, destinada a arbitragem internacional, as normas aplicáveis a todos os casos concretos fossem de ordem pública internacional. No entanto, não há qualquer impedimento para que um acordo de direito privado o eleja como fórum competente para a solução de um conflito, desde que respeitados os demais requisitos para sua competência.

Há um outro caso no ICSID que, embora não tenha como parte passiva uma empresa na lista de casos do Centro, de modo que não entrou nesse conjunto agora analisado, possui algumas características interessantes para este trabalho e acreditamos que ele merece menção.

Trata-se do caso Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain<sup>92</sup>, em que o Sr. Emilio Maffezini, nacional da Argentina, requereu a aplicação do princípio da nação mais favorecida, previsto em um tratado bilateral de investimentos firmado entre a Argentina e a Espanha, para investimentos seus na área de distribuição de produtos químicos na região espanhola da Galícia. O ponto crucial da demanda é que as lesões supostamente sofridas foram causadas pela SODIGA (Sociedad para el Desarrollo industrial de Galicia), uma corporação financeira privada da qual o Estado espanhol é dono de 88% das ações. Assim, a Espanha argumenta que não

---

<sup>92</sup> ICSID Case No. ARB/97/7



seria parte legítima para a demanda, uma vez que a empresa é independente do Estado, e não haveria jurisdição do ICSID (bastante similar ao caso de Bangladesh).

O Centro, na análise sobre a jurisdição, conclui que a participação acionária do Estado e o fato de no estatuto da empresa haver objetivos de uso da SODIGA pelo Governo Espanhol como meio de promoção do desenvolvimento regional comprovam, em uma análise *prima facie*, que a SODIGA é uma entidade agindo em nome do Reino da Espanha e que as análises sobre se a SODIGA violou o tratado bilateral de investimentos e se esses atos foram de ordem comercial ou de ordem governamental, de modo que possam ser atribuídos a Espanha, serão feitas no mérito.

No mérito, o Centro conclui que, ainda que hoje estruturalmente a SODIGA não seja um órgão governamental, no momento em que ela firmou contrato com o Sr. Manffezini ainda exercia algumas funções estatais, mesmo que estivesse na época já em transição para ser um ente totalmente comercial, e foi exatamente no exercício de uma dessas funções que ela desrespeitou os arts. 3 e 4(1) do TBI, obrigação de proteger investimentos, de modo que essa ação pode ser atribuída ao Reino da Espanha<sup>93</sup>. Assim, ao final da demanda, o Estado Espanhol foi condenado a pagar mais 57 milhões de pesetas espanholas ao demandante.

Como se nota, os atos cometidos pela SODIGA foram atribuídos ao Estado Espanhol, mas não foi determinado em qual das hipóteses do Capítulo II do DARS essas condutas foram enquadradas. No entanto, presume-se que seria o artigo 5 (conduta de uma pessoa ou entidade exercendo elementos de autoridade governamental), que permite a atribuição em situações específicas e pontuais, uma vez que se reconhece não ser um órgão do Governo mas que, no caso em específico, se tratou de “ações relacionadas com suas funções públicas”.

Tendo em mente a discussão trazida no item 2.3 sobre delimitação quantitativa de responsabilidade cabe questionarmos: considerando que o Reino da Espanha não é detentor de todas as ações da SODIGA, seria possível ela cobrar os valores pagos a título de indenização proporcionalmente dos demais acionistas?

---

<sup>93</sup> “Dado que las acciones de SODIGA relacionadas con el préstamo no se pueden considerar de carácter comercial y guardan relación con sus funciones públicas, la responsabilidad de dichas acciones es imputable al Reino de España.” (Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain, Laudo, par. 83

Acreditamos que este caso pode ser enquadrado como de responsabilidade compartilhada, uma vez que há múltiplos atores e um único resultado danoso, não é possível determinar a responsabilidade causal, diferenciando os atos de autoridade do Governo espanhol e os atos empresariais da SODIGA, e não é viável considerá-los uma coletividade, de modo que estão preenchidos os requisitos para a responsabilidade compartilhada. Desse modo, seria viável a manutenção de ambos os entes no polo passivo da demanda, o que obrigaria o julgador a determinar a cota da indenização de cada um, resolvendo o questionamento acima apresentado. Além disso, a multinacional não estaria impune perante o direito internacional pois seria diretamente condenada, e não como um agente do Estado, o que nos leva a concluir que nesse caso a responsabilidade compartilhada ofereceria uma resposta mais adequada que a atribuição de conduta prevista no DARS.

#### 4. Conclusão

O que se conclui a respeito da aplicabilidade do conceito de responsabilidade compartilhada no âmbito do ICSID é que há demandas passíveis de análise através dessa perspectiva sim, mas de forma extremamente incipiente, uma vez que reais situações em que era possível sua aplicação surgiram somente nos casos *Niko Resources (Bangladesh) Ltda. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("Bapex") and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation*, *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe* e *Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangan Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe* e *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*.

Ainda assim, nesses casos a questão nunca foi diretamente trabalhada, talvez por faltar suporte argumentativo, seja doutrinário, seja jurisprudencial, seja normativo, para enquadrar o problema como sendo de responsabilidade compartilhada. Mas ainda assim, creio que restou demonstrada a já alegada limitação do modelo atual de responsabilidade, uma vez que a solução dada pelo Centro sempre veio por outros meios ou esse ponto foi propositalmente afastado, entendido como não fazendo parte da competência do ICSID.

Neste último ponto, caberia até mesmo pensar sobre a questão do diálogo entre regimes de direito internacional, principalmente o direito internacional geral, representado aqui pela responsabilidade internacional, e o direito dos investimentos. Isto é, o entendimento expresso no caso do Zimbábue, de que questões relativas a direitos dos povos indígenas não fazem parte de sua competência pode refletir uma tendência de isolamento de um regime especial do direito internacional dos investimentos. Mas cabe questionarmos se seria possível tal alegação se se tratasse de uma questão de violação a norma *jus cogens*, principalmente tendo em mente o disposto no art. 103 da Carta das Nações Unidas, que dispõe que “*no caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta*”.

E foi exatamente no sentido da existência de diálogo com o regime do direito internacional dos direitos humanos que a ECCHR peticionou ao ICSID para

que fosse considerado o interesse das comunidades indígenas do Zimbábue, no entanto sem sucesso.

Pensando sob essa perspectiva, é válido lembrar que Organização Mundial do Comércio, por exemplo, em vários casos abriu-se para abordar questões de outros ramos do direito, inclusive do direito internacional geral. Talvez futuramente o ICSID também venha a se abrir de modo que aprecie, quando surgirem, as questões de responsabilidade internacional, aí inclusa a responsabilidade compartilhada. No entanto, é necessário ter em mente que o próprio formato do Centro pode limitar este anseio, uma vez que sua Convenção permite que as partes determinem quais assuntos estarão ou não sob sua jurisdição.

Ao analisarmos o baixo retorno que tivemos em relação à aplicabilidade da responsabilidade compartilhada no âmbito do ICSID é necessário também ter em mente que o direito internacional é caracterizado por uma quantidade mínima de processos quando comparado a grande parte das jurisdições nacionais. Então concluir que em apenas três casos há espaço para aplicação do conceito de direito internacional não é de todo ruim, ainda mais ao considerarmos que dois desses deles são casos instaurados no ano de 2010, portanto consideravelmente recentes para já implicar em uma mudança conceitual na área da responsabilidade internacional, como se cogita aqui.

Há de se considerar, porém que o ICSID não é um órgão tão conhecido e pesquisado quando comparado à OMC ou às cortes de direitos humanos, por exemplo, além de trabalhar com uma temática muito específica, que é o direito dos investimentos. No entanto, as outras características sobre sua jurisdição o fazem um âmbito de estudo interessante para a responsabilidade internacional de multinacionais. Contudo, o fato dele não ser um órgão jurisdicional propriamente dito, mas sim arbitral, também limita o alcance dos seus pronunciamentos.

Por fim, deve-se enfatizar que a discussão sobre responsabilidade internacional tem várias nuances, sobretudo ao se considerar as abordagens terceiro-mundistas do direito internacional brevemente mencionadas, que requerem a inclusão de perspectivas econômicas, políticas e sobretudo históricas, em uma abordagem interdisciplinar que levam a problematização de vários pontos desse instituto. E toda essa problematização deve ser trazida à baila ao se cogitar da aplicabilidade da responsabilidade compartilhada.

Acreditamos que não há como negar a necessidade de meios viáveis de responsabilização internacional de multinacionais. A principal vantagem da responsabilidade compartilhada é a possibilidade de utilização de alguns dos arcabouços já existentes para a responsabilização do Estado. No entanto, este conceito ainda requer várias adequações de ordem prática, de modo que venha a se tornar uma abordagem possível para a resolução de conflitos e uma solução para a questão das lacunas de governança quanto às multinacionais, e não somente para a sua problematização, como tem sido até o momento.

Deve-se ter em mente ainda que não se trata de uma questão exclusivamente jurídica, mas que na verdade possui grandes implicações na política internacional, uma vez que expandir a responsabilidade internacional de modo a abranger multinacionais é eminentemente uma questão de escolha política.

## 5. Lista de casos

Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria, African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication No 155/96 (2001) (Serac);

Corte Internacional de Justiça. Julgamento do caso Corfu Channel (United Kingdom v. Albania) (1947-1949);

Corte Internacional de Justiça. Julgamento do caso Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Austl.), Preliminary Objections, Judgment, 1992 I.C.J. 240;

ICSID Case No. ARB/97/7, Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain;

ICSID Case No. ARB/98/8, Tanzania Eletricic Supply Company Limited (TANESCO) v. Independent Power Tanzania Limited (ITPL);

ICSID Case No. ARB/05/7, Saipem S.p.A. v. People's Republic of Bangladesh;

ICSID Case No. ARB/05/24, Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia;

ICSID Case No. ARB/06/10, Chevron Bangladesh Block Twelve, Ltd. and Chevron Bangladesh Blocks Thirteen and Fourteen, Ltd. v. People's Republic of Bangladesh;

ICSID Case No. ARB/07/17, Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic;

ICSID Case No. ARB/10/11 e ARB/10/18, Niko Resources (Bangladesh) Ltda. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("Bapex") and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation;

ICSID Case No. ARB/10/15, Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe;

ICSID Case No. ARB/10/20, Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited v. Tanzania Electric Supply Company Limited (TANESCO);

ICSID Case No. ARB/10/25, Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe.;

ICSID Case No. ARB/12/28, Pluspetrol Perú Corporation S.A. e outros v. Perupetro S.A;

Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co. et al (2013);

Tribunal de Apelações do Quinto Circuito dos Estados Unidos. John Doe I, et al., v. UNOCAL Corp., et al., 395 F.3d 932 (9 Cir. 2002).

## 6. Referências bibliográficas

ANGHIE, A. CHIMNI, B. S. *Third world approaches to international law and individual responsibility in internal conflicts*. Chinese Journal of International Law, Oxford, v.2, n.1, p. 77-103, 2004 (2003) 2 (1): 77-103. 2004.

CRAWFORD, J. *The International Law Commission's articles on State Responsibility: introduction, text and commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

CRAWFORD, J.; OLLESON S. *The Nature and Forms of International Responsibility*. In: International Law. MALCOLM, D. Evans (Org). Oxford: Oxford University, 2003. p. 445-472

D'ASPREMONT, J. et al. Sharing responsibility between non-state actors and states in International law: introduction, Netherlands international law review; v. 62, n. 1, Amsterdam, p. 49-67, 2015.

DAHAN, Y. L. H; Milman-Sivan F. *Articles shared responsibility and the international labour organization*. Mich. J. Inter. Law, Amn. Arbor, v. 34, n.4, p. 101-171, 2013.

FRY, J. *Attribution of responsibility in principles of shared responsibility*. In: *International law: an appraisal of the state of the art*. NOLLKAEMPER, André; PLAKOKEFALOS, Ilias (Org). Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 99-135.

GIUSTI, G; TRINDADE, A. D. C. *As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a Convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil*. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, ano 2, n. 7, out./dez. 2005.

HANSEN, R. F. *The international legal personality of the multinational enterprise and the governance gap problem*. Montreal: Universidade McGill, Faculty of Law, 2009.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. Washington, DC: ICSID, 1966.

KARAVIAS, M. *Shared responsibility and multinational enterprises*. Neth. Inter. Law Rev., Amsterdam; 2015. Forthcoming.

MUTUA, M. *What is TWAIL?* Am. Soc. Intern. Law: Proc, Massachussetts, v. 94, p-31-40, Apr. 2000.

NOLLKAEMPER, A; JACOBS, D. *Shared responsibility in international law: a conceptual framework.* Mich J Int Law, Amn Arbor, v. 34, 2013.

NOLLKAEMPER, André. *Issues of shared responsibility before the International Court of Justice.* In: *Evolving principles of international law: studies in honour of Karel C. Wellens.* RIETER, E; WAELE, H. (org.). (Martinus Nijhoff), (Boston e Leiden): 2012. p. 199-138

NAÇÕES UNIDAS. International Law Comission: *Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts.* Official Records of the General Assembly, 56 Session. [Paris] Suppl. N. 10 (A/56/10), chapter 4.E.1, 2001.

NAÇÕES UNIDAS. International Law Comission. *Draft articles on the responsibility international organizations.* Yearbook of the International Law Commission, v. 2, pt. 2, 2011.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de Viena sobre Interpretação de Tratados.* Viena: ONU, 1969.

ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Guidelines for Multinational Enterprises.* Paris: OECD, 2011.

PEREIRA, Celso de Tarso. *O Centro Internacional para resolução de conflitos sobre investimentos (CIRCI – ICSID).* Rev. Inf. Legisl. Brasília, ano 35, n. 140, out./dez. 1998.

RUGGIE, John. *Report of the special representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises.* Genebra: ACNUDH, 2008. A/HRC/8/5

SALOMON, Margot E. *Global responsibility for human rights: world poverty and the development of international law.* Oxford. Oxford University Press, 2007.



SECK, S. L. *Transnational business and environmental harm: a TWAIL analysis of home state obligations*. Trade Law and Develop\_ V. 3, 1, 2001.

SHAW, Malcolm N. *International law*. 5. Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

UNCTAD. [http://unctad.org/en/Pages/DIAE/Transnational-corporations-\(TNC\).aspx](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/Transnational-corporations-(TNC).aspx)

TRANSNACIONAL CORPORATIONS. Geneva: UNCTAD, 1992 –. ISSN 1014-9562